

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE DIREITO**

VANESSA KUPSKE

**PODERES INVESTIGATÓRIOS
DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

FLORIANÓPOLIS

2013

VANESSA KUPSKE

PODERES INVESTIGATÓRIOS DO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia submetida ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina como requisito para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa

FLORIANÓPOLIS

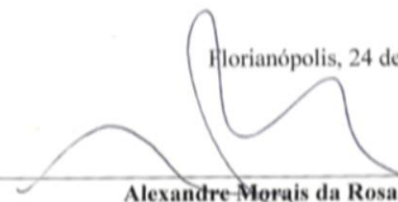
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

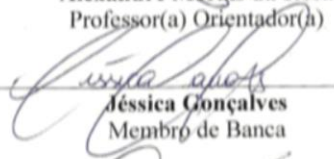
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**Poderes investigatórios do Ministério Público**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Vanessa Kupske**, defendida em **24/06/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (Nove e meio), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

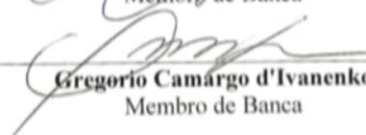
Florianópolis, 24 de Junho de 2013.



Alexandre Morais da Rosa
Professor(a) Orientador(a)



Jéssica Gonçalves
Membro de Banca



Gregorio Camargo d'Ivanenko
Membro de Banca

*Para criar inimigos não é necessário declarar guerra,
basta dizer o que pensa.*

Martin Luther King

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe, por me apoiar em qualquer empreitada, ao meu pai (*in memoriam*) e a minha irmã pelo simples fato de existir.

Ao William, meu companheiro de jornada, por todo o apoio que sempre me deu.

Aos amigos que compreenderam o abandono e ainda assim torceram por mim.

À Carine pela ajuda de última hora.

E finalmente, Alexandre Morais da Rosa, por aceitar ser meu orientador neste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso de graduação aborda a possibilidade do Ministério Público proceder investigação criminal, em função de poderes implícitos, para formar sua convicção a fim de oferecer a Denúncia. Utiliza-se fundamentalmente a pesquisa bibliográfica como base de estudo sobre a existência do poder implícito de investigar, suas implicações, seus prós e contras. Por fim, estudam-se questões sobre a constitucionalidade do princípio se aplicado neste caso, bem como as posições doutrinárias a favor e contra. A importância do estudo está nas incessantes discussões a respeito do papel do Ministério Público como fiscal da lei e detentor do poder persecutório do Estado.

Palavras-Chave: Ação Penal Pública, Investigação Criminal, Inquérito Policial, Poderes Implícitos.

Sumário

INTRODUÇÃO	9
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	11
1.1 O Ordenamento Jurídico e o Estado	11
1.2 Os Princípios Constitucionais	20
2 O MINISTÉRIO PÚBLICO	26
2.1 A posição constitucional do Ministério Público	26
2.2 O Ministério Público no Processo Penal.....	34
3 A NATUREZA DO INQUÉRITO CRIMINAL	40
3.1 Fase pré-processual	40
3.2 O poder implícito de investigar.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

INTRODUÇÃO

Os poderes investigatórios do Ministério Público em sede criminal são tema de grande controvérsia no meio jurídico. Vários são os argumentos contra e outros tantos a favor. O fato é que o legislador constitucional ou a lei complementar não preveem explicitamente a atribuição.

Para começar o estudo que ora se apresenta é preciso, antes de mais nada, analisar, ainda que de maneira superficial e sucinta, a formação do Estado, a fonte do poder que o abastece e como este poder é distribuído por todo o sistema.

Este início é importante, porque quando se fala de competência, ou da invasão dela, há que se entender que a competência é uma forma de manifestação do poder. O agente público age em nome do Estado conforme o poder que lhe é dado.

Depois, é preciso analisar os postulados do ordenamento, porque é com base neles, em caso de omissão legal, que se interpreta a possibilidade ou não de exercitar alguma prerrogativa, lembrando que são estes mesmos postulados que limitam a atuação do Estado.

Na segunda parte do trabalho, de ordem mais prática, com o intuito de contextualizar o sujeito a quem se quer ver procedendo a investigação criminal, vem à tona as atribuições legais do Ministério Público, ou seja, aquilo que o legislador atribuiu por expresse no texto da lei constitucional e infraconstitucional como funções a serem exercidas pela instituição.

Como o escopo do estudo se dá no âmbito do processo penal, não poderia faltar uma análise do papel exercido pelo órgão acusador dentro e fora do processo. O ponto mais importante a ser analisado é a questão da imparcialidade, com o órgão acusador, figurando como parte, com a missão moral de ser imparcial.

Por fim, a última parte do trabalho, sua essência, divide-se em duas. A primeira analisa o procedimento do inquérito policial e qual as suas implicações com relação a

direitos e garantias do sujeito investigado, seja na qualidade de mero suspeito, ou de indiciado.

A segunda parte arremata todo o conjunto analisado no corpo do estudo para verificar a possibilidade do órgão acusador de angariar, para si, a prerrogativa de proceder a investigação criminal.

Provavelmente este trabalho esteja a contrário senso da opinião geral, tanto daqueles que intercedem a favor, quanto daqueles que são contra. Porque se percebe, nas mais acaloradas discussões, que não se analisa o procedimento em si, mas a qualidade do sujeito que vai exercer.

Faz-se necessário analisar os dois, procedimento e sujeito, porque, dada a natureza do procedimento, a execução deste pode ser conflitante com a função daquele. Basicamente o Ministério Público é o fiscal da lei, deve prezar pela legalidade em sentido lato; é o órgão acusador por excelência que, no curso do processo, que é a fase acusatória; deve observar o cumprimento de todas as garantias e direitos do acusado, entre outras tantas coisas.

Ainda assim, quer atrair para si a função de investigar, procedimento típico da fase pré-processual, que, por sua natureza, é incompatível com o exercício da acusação, única e exclusivamente porque é, em essência, inquisitório.

O texto de uma maneira geral é livre, menos rigoroso formalmente do que deveria ser um trabalho de conclusão de curso, no intento de fluir as ideias, algum pecado metodológico pode ter ocorrido, no entanto, todas as referências que serviram fonte estão devidamente colocadas ao final do trabalho.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 O Ordenamento Jurídico e o Estado

O conceito de Estado é uma criação relativamente recente e tem como elementos principais de sua formação o povo, o território e o governo soberano. Esta é uma simplificação necessária para dar início ao que este estudo pretende demonstrar. A partir deste pressuposto, e dentro do que foi caracterizado como Estado, a premissa a ser considerada é a forma de governo. Quando o poder, ainda que indiretamente, emana do povo, trata-se de uma democracia.

Conforme Streck (2009, p. 19) inicia seu trabalho, “A instauração da modernidade dá-se a partir da metáfora do contrato social firmado entre os homens e o soberano, com o objetivo de delimitar o espaço da civilização ante a barbárie, como se houvesse a possibilidade de se fazer a opção entre o direito e o não-direito”.

Os teóricos contratualistas abriram os precedentes para o entendimento das bases do Estado Moderno. Embora tenham pensado de forma a justificar um poder soberano sobre todos, acabaram por arraigar a ideia de que a inexistência deste poder soberano implicaria na inexistência do próprio Direito.

O contrato social é um marco importante das abstrações a respeito do poder nas teorias do Estado e do Direito, porque, em tese, o resultado deste contrato é a soma de parcela das liberdades individuais, até então absolutas, de cada integrante da sociedade em favor de um soberano que, em troca, exerce a autoridade conferida pelo contrato de forma igual sobre todos e permite uma convivência pacífica através da limitação, entenda-se coercitiva, das condutas individuais.

O soberano exerce o somatório das parcelas do poder que recebeu de todos os súditos, a fim de lhes prover a convivência pacífica. Na síntese de Von Ihering (2011, p. 1), “A paz é o fim que o direito tem em vista; a luta é o meio de que se serve para conseguir”. Logo, o Direito é o instrumento pelo qual o poder soberano exerce sua supremacia sobre os indivíduos. Esse poder uma vez concedido e reconhecido

por aqueles que a ele se submetem, legitima toda a estrutura do Direito que se apresenta, de forma a conceder-lhe validade, tornando possível a sua aplicação. O poder soberano confere validade ao ordenamento jurídico que dele surge. O Direito limita a conduta humana, mas na via reflexa também limita o próprio poder soberano.

Em geral, ao conceito de soberania está ligado, tradicionalmente, o caráter original (e, por vezes, absoluto) do poder soberano. Originário no sentido de fundamento de si próprio. Absoluto no sentido de capacidade de determinar, no âmbito de sua atuação ao menos, a relevância e o caráter irrelevante de qualquer outro centro que ali atue (Ferraz Jr, 2009, p. 8).

O poder, desta feita, é um conceito ainda mais abstrato. O âmago das discussões a respeito das teorias do Direito e do Estado está na fonte do poder. No entendimento de Bobbio (2011, p. 75), “não é necessário confundir o poder com a força (em particular a força física). Falando de poder originário, falamos das forças políticas que instauraram um determinado ordenamento jurídico”. O poder originário aqui entendido é a fonte de legitimação para a estruturação de um ordenamento jurídico válido.

Tradicionalmente, o poder não é incorporado pela dogmática jurídica como um elemento básico. Em geral, ele não é desprezado, mas encarado como um fato extrajurídico, o que ocorre não só no direito privado, mas também no direito público, em que a noção é esvaziada por limitadas concepções expostas nas teorias gerais do Estado (Ferraz Jr, 2009, p. 5).

O poder posto como fato extrajurídico, permite a separação entre Estado e Direito, segundo Kelsen (2007, p. 132), ao explicar a função lógica deste dualismo na teoria tradicional:

O Estado deve ser apresentado como uma pessoa diferente do direito para que o direito, então – esse direito produzido e ele submetido –, possa justificar o Estado. E o direito só pode justificar o Estado se for contraposto como ordem essencialmente diferente do Estado, cuja natureza original, o poder, é por ele pressuposto como ordenamento correto e justo.

O poder extrajurídico confere ao Estado, ainda meta-jurídico, a capacidade de criar o Direito, que submete o Estado e a coletividade, a qual é fonte de tal poder. Entretanto, para que seja possível criar o próprio Direito, há uma norma fundamental, não positivada, que deriva da lógica dos atos e deduz-se das declarações de vontade que surgem a partir deste poder originário.

Ao fazer referência a um famoso teórico da economia chamado Adam Smith, por analogia poderia se dizer que a norma fundamental é a “mão invisível” que atua

na formação do Direito, uma vez que se observa a sua existência. Entretanto, não é possível apontá-la no ordenamento jurídico. A norma fundamental não está expressa, sequer é tangível, mas é encontra-se e legitima o sistema.

Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas: *essa norma é a norma fundamental*. A norma fundamental, enquanto por um lado, atribui aos órgãos constitucionais o poder de editar normas válidas, impõe, de outro, a todos aqueles aos quais as normas constitucionais se dirigem, o dever de obedecer-lhes. É uma norma ao mesmo tempo atributiva e imperativa, segundo a consideremos do ponto de vista do poder ao qual dá origem ou da obrigação que dela derivam (BOBBIO, 2011, p. 69).

Entretanto, há quem discorde da norma fundamental, para Bulos (2008, p. 287) o poder constituinte é um poder de fato, decorre de relações político-sociais de determinada sociedade e não tem como referencial qualquer norma que o preceda, pois este poder preexiste à ordem jurídica. Para o autor, o ordenamento jurídico nasce a partir do momento em que o poder constituinte cria a constituição.

Embora pareça um pouco árida toda a discussão, é importante entender determinadas dinâmicas para o desiderato deste estudo. Tratam-se de linhas gerais sobre a formação do Estado, a origem do poder, como ele se distribui, a formação do Direito, a limitação da atuação do Estado. Tudo para ter uma ideia geral do que é um Estado Democrático de Direito e o impacto que esta definição tem sobre os institutos que aqui se pretende analisar.

O Estado é constituído, segundo as palavras de Meirelles (2004, p. 60), de três elementos originários e indissociáveis: o povo, que é o componente humano; o território, que é a delimitação física e o governo soberano, que é o elemento condutor do Estado, “que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do Povo”.

Quando se fala que não somente o poder emana do povo, mas que todo o poder emana do elemento humano do Estado, tal como o parágrafo único do artigo primeiro da Carta Magna se refere, então, há um regime político fundado no princípio democrático.

Para Silva (2008, p. 40):

“Democracia” é conceito histórico. Não sendo, por si, um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da História.

Já é possível retomar o ponto inicial. O ordenamento jurídico deriva de uma norma fundamental que lhe concede validade e se abastece de um poder que o Estado lhe confere. O Estado é um reflexo da vontade de seu povo que é o elemento humano que o compõem. O Estado cria o Direito conforme esta vontade e, ao mesmo tempo, se submete a ele, regulando e limitando, inclusive, a própria atuação.

Em uma democracia, o poder que abastece a todo o sistema emana do povo, que, no caso do Brasil, o exerce de forma indireta, por meio de representantes eleitos por sufrágio universal, ou diretamente nos termos da Carta Política, explicitamente em seu artigo primeiro. O espírito do ordenamento reside nos princípios e valores que o regem e sua força vital provém do regime político adotado, que é reflexo da vontade da coletividade representada.

O Estado, assim, para ser democrático, ou seja, para dar livre acesso aos cidadãos na elaboração das leis e decisões do poder público, legitimando a atuação deste, necessita que todos os seus atos sejam praticados sob o império do direito justo, ou, em outras palavras, de acordo com os anseios da sociedade e não de uma casta social. O Estado deve ser limitado pelo Direito e o poder político que exerce deve ser legitimado pelo povo que reside em seu território, exteriorizando, assim, a soberania. Não podemos confundir o Estado de Direito com Estado submetido, meramente, às leis editadas pelos órgãos legislativos e com os direitos regulados nos termos da lei. Não. Esse Estado, na verdade, é um Estado de Direito meramente formal, mas não um Estado de Direito justo, um Estado de justiça (RANGEL, 2012, p. 13).

Deve haver intensa relação entre o Direito e a sua aplicação, sob pena de quedar a sociedade à mercê de mero formalismo legal. A lei, como letra morta, que nada disciplina, que à conjuntura alguma pacifica. Para um Estado Democrático de Direito, não cabe um sistema jurídico em que a lei seja estanque e aplicada na contrariedade de valores ínsitos à sociedade no mais puro positivismo. Há que se ter em mente que o Direito é o meio e a Democracia, o fundamento.

Na lição de Ferrajoli (2011, p.113):

E é nessa relação, entre meios institucionais e fins sociais e na consequente primazia dos direitos fundamentais sobre os poderes públicos, das pessoas de carne e osso sobre as máquinas políticas e sobre os aparatos administrativos, que está o significado profundo da democracia.

O Estado, então, deve regular e limitar a sua própria atuação, no sentido de não pesar sobre a sociedade e, mais ainda, sobre o indivíduo. O poder é uno, até mesmo porque emana de única fonte, entretanto manifesta-se de maneiras distintas, separando-se em funções, necessárias e indispensáveis, cujas essências não se confundem. Esta divisão é orgânica, por assim dizer, interligada, assim como no corpo humano cada órgão vital desempenha uma função distinta, mas não há sobrevivência do indivíduo na ausência ou insuficiência de qualquer delas.

Apesar de soberano, o poder não é irrestrito, como o era na forma de entender dos contratualistas. Justifica a própria existência na necessidade de pacificação social, que é incumbência expoente do Direito, de forma que, para o poder ser restringido ao ser exercido sobre a sociedade e, inclusive e principalmente, na esfera do indivíduo, faz-se necessário que seja distribuído à entes distintos, representantes que são do próprio Estado na figura de seus agentes, que o exercerão sob o crivo e a observância dos demais entes, a fim de evitar os excessos e as omissões. Com elucida Meirelles (20004, p. 60-61):

*Os Poderes de Estado, na clássica tripartição de Montesquieu, até hoje adotada nos Estados de Direito, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si e com suas funções reciprocamente indelegáveis (CF, art. 2º). Esses Poderes são iminentes e estruturais do Estado (diversamente dos poderes administrativos, que são incidentais e instrumentais da Administração), a cada um deles correspondendo uma função que lhe é atribuída com precipuidade [...] O que há, portanto, não é a separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição das três funções estatais *precípua*s entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível.*

O princípio da separação dos poderes está previsto na Constituição Federal em seu artigo segundo, que preceitua como poderes independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Trata-se de divisão necessária ao seu exercício e vai além, desdobrando-se na medida em que os entes aos quais tais poderes foram distribuídos também desconcentram e descentralizam, respectivamente, suas atividades em unidades menores vinculadas à hierarquia e

autônomas, pertencentes à administração indireta, que não são essencialmente atividades fim do Estado, mas ainda assim de seu interesse.

Verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do Poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro, especialmente dos governados (SILVA, 2009, p. 44)

Como já mencionado, esta divisão é orgânica, não descaracterizando a unidade do Estado, funcional no sentido de suas atribuições, e servindo para refrear a intromissão excessiva na vida do indivíduo, principalmente no que tange à materialidade dos seus direitos fundamentais, que se encontram lastreados pelas respectivas garantias fundamentais por consequência.

O Estado, uma vez constituído, precisa limitar sua própria atuação sob pena de refletir um governo despota em que a autoridade é exercida de forma arbitrária, absoluta e tirânica, incompatível com a democracia. O poder ilimitado não serve à dialética e, embora possa permitir a existência do Direito como a mofada figura do despota esclarecido, não permite a manutenção e defesa dos valores da sociedade e, conseqüentemente, resta prejudicada qualquer tentativa de ver prevalecer algum contorno de justiça.

Aliás, já se observou que Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões ‘separação de Poderes’ ou ‘divisão de Poderes’, referindo-se unicamente à necessidade do ‘equilíbrio entre os Poderes’, do que resultou entre os ingleses e norte-americanos o sistema de *checks and balances*, que é o nosso método de *freios e contrapesos*, em que um Poder limita o outro, como sugerira o próprio autor no original: ‘le pouvoir arrête le pouvoir’. Seus apressados seguidores é que lhe deturparam o pensamento e passaram a falar em ‘divisão’ e ‘separação de Poderes’, como se estes fossem estanques e incomunicáveis em todas as suas manifestações, quando, na verdade, isto não ocorre, porque o Governo é resultante da interação dos *três Poderes do Estado* – Legislativo, Executivo e Judiciário –, como a Administração o é de todos os órgãos desses *Poderes*. (MEIRELLES, 2004, p. 61)

Ao tratar de quais sejam as prestações positivas ou negativas do Estado na esfera individual e coletiva, o Direito, na forma de ordenamento jurídico, que é precipuamente um sistema, estabelece não somente os direitos fundamentais que jamais podem sofrer retrocesso mesmo na proposição de nova ordem constitucional, como também as garantias relativas à manutenção destes direitos, o que permite, ao

então cidadão, pleiteá-los junto ao Estado, nas formas designadas na Carta Política que estabelece perfeita, ao menos em tese, a dialética.

Cada coisa limitada pressupõe outra que não ela mesma. A alteridade faz parte de tudo. Esse é o movimento dialético da realidade e da compreensão. Não é possível estender o sentido de algo ao âmbito do ilimitado, do infinito, do absoluto, onde precisamente se perde a alteridade, sob pena de perder-se também o sentido e a realidade desse mesmo algo (ALVES, 2010, p. 5).

Antes que seja necessário ao agora cidadão manifestar-se quanto à observância e execução das prestações positivas ou negativas do Estado, expresso por suas ações ou omissões objetivas, o próprio Estado, através da divisão funcional do exercício do poder soberano, antecipa-se à necessidade de ser demandado subjetivamente ao executar o que impõe o ordenamento jurídico.

Conforme Silva (2010, p. 101), “Os direitos a prestação ligam-se à posição positiva ocupada pelo indivíduo na relação vertical que estabelece com o Estado. Se na posição negativa uma inação era demandada, na positiva o que se demanda é uma ação, um fazer, um dar estatal”.

O Estado recebe o poder do povo, o distribui em funções para que a sociedade se beneficie com a execução da lei, reflexo de sua vontade. A separação de poderes legitima os entes que, na qualidade e nos limites de sua competência, interferem harmoniosamente nas atividades típicas uns dos outros, sem que com isso haja intromissão ou subordinação de um a outro, com o fito de apontar falhas de observância da determinação legal, em claro ajuste de conduta.

Se quisermos conservar o princípio em estudo, sem exorbitar a sua configuração constitucional, insta repudiarmos o seu esvaziamento, através de interpretações desmesuradas da cláusula da independência e harmonia. O órgão do poder deve sempre conter o outro órgão do poder. A interferência de um órgão em outro é apenas admissível para garantir direitos fundamentais, impedindo abusos e atentados contra a própria Constituição, caso contrário de nada adiantará a constitucionalização de princípio em exame, porque ele existirá apenas nominalmente, sem qualquer relevância prática (BULOS, 2008, p. 397).

A finalidade do Estado é atender ao interesse público e o faz através da administração pública em sentido amplo, que abrange os órgãos governamentais, componentes do próprio governo, e os órgãos administrativos em sentido estrito, em que a atividade administrativa é exercida pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos em prol da coletividade.

Os assim chamados três poderes se estruturam de modo a permitir a execução de suas atribuições típicas e atípicas. A administração se abastece de poder a fim de executar a atividade, entretanto o poder se manifesta sob outra configuração, revestido de caráter instrumental.

Na síntese de Di Pietro (2009, p. 50):

Para entender-se a distinção entre Administração Pública (em sentido estrito) e Governo, é mister partir da diferença entre as três funções do Estado. Embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele desdobra-se em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A primeira estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; as duas outras aplicam as leis no caso concreto: a função jurisdicional, mediante solução de conflitos de interesses e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente; a função executiva, mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas.

Por simetria, o sistema de freios e contrapesos se alastra por todos os níveis da administração pública em sentido amplo e não poderia ser diferente, já que a interface do Estado é o agente público, pessoa que, por tal qualidade, o representa e materializa por meio de seus atos frente ao indivíduo e à sociedade.

O poder é assim distribuído a todo o sistema e exercido na forma de competências específicas que traduzem as atividades inerentes ao Estado, que tem por escopo atender ao interesse público.

As competências específicas apresentam majoritariamente características de uma das funções do Estado, mas subsidiariamente características das demais. Não há função pura, senão a separação dos Poderes seria incomunicável, engessando qualquer atividade.

Assim, fecha-se o ciclo do poder: emana do povo para conferir legitimidade ao ente estatal e retorna ao povo na forma do atendimento dos seus interesses enquanto sociedade.

Não há interferência nas esferas de competência, o que não significa que não haja controle. A ligação mais forte entre o Estado e o cidadão acaba por ser o Ministério Público, já que age como defensor dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Para Bulos (2008, p. 857):

Não é apenas o Poder Judiciário o protagonista da justiça constitucional das liberdades, mas também os membros dos Poderes Legislativo e Executivo. Todos, sem exceção, devem obediência à autoridade superior da Constituição, que, em nosso sistema de Direito Positivo, elevou as funções estatais, e até mesmo o Ministério Público, ao posto de oráculos do Estado Democrático de Direito, e, em último plano, das liberdades públicas.

O Ministério Público é de vital importância para o funcionamento do sistema, principalmente se o Estado não for um ente dotado de mera legalidade formal, em que os preceitos da Justiça somente se aplicam figurativamente. A condição *sui generis* de independência, em termos de não se sujeitar à pressão de ordem conjuntural, garante a observância da lei através da capacidade de provocar o Judiciário, que por sua natureza, é inerte.

O constituinte originário busca na verdade demonstrar que o Ministério Público possui a mesma relevância dos três Poderes com sua atuação permanente inerente ao Estado Democrático de Direito na busca da Justiça, mas sem sombra de dúvida, não se trata de um Quarto Poder. (VASCONCELOS, 2013, p. 63)

O Ministério Público é o ente que transcende aos Poderes de forma a garantir que todo o sistema funcione, pois atua não somente como fiscal da lei, como também na defesa dos interesses mais fundamentais à vida em sociedade. Dado o seu caráter protetivo e sua sublime missão, certamente há quem o tema.

1.2 Os princípios constitucionais

Os princípios de direito, de forma ampla, servem como postulados, com efeito e força de norma legal. Socorrem o intérprete que se encontra diante do dilema hermenêutico, seja por suprirem a lacuna do sistema, seja por lançarem luz sobre a contradição. Os princípios deixam claros os valores que a sociedade preza, informam o ordenamento, limitam a atuação do Estado, conferem direitos e regem, inclusive, o legislador.

A normatividade é o produto do confronto entre a consideração preliminar e abstrata da norma positivada e os fatos das condutas em conflito, situados temporal e espacialmente nos limites históricos das situações concretas. Tais exigências envolvem inclusive a superação da norma jurídica em sua mera expressão literal ou lógico-sistemática, dominante na concepção positivista do direito, para desdobrá-la em formas axiológicas ou teleológicas sob a qualificação de princípios e valores jurídicos (ALVES, 2010, p. 475).

Os princípios são o contraponto do movimento positivista, pois são impregnados de valores e ideais. A aplicação da literalidade da lei não encontra mais espaço ou conformismo de quem a ela deve se submeter. A lei é criação humana e, como tal, deve refletir a complexidade das relações interpessoais contextualizadas na sociedade, sob pena de não cumprir o papel a que se destina.

Princípios fundamentais são diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado, determinam-lhe o modo e a forma de ser. Refletem os valores abrigados pelo ordenamento jurídico, espelhando a ideologia do constituinte, os postulados básicos e os fins da sociedade. (BULOS, 2008, p. 387)

Os princípios transcendem todo o ordenamento, servem para conferir harmonia entre as normas, como elementos de ligação que garantem a verossimilhança da intenção legislativa. Como normas que são, por vezes aparecem explicitamente gravadas no texto legal, outras vezes podem ser deduzidas pela lógica.

O ordenamento jurídico é um sistema dotado de coerência, não havendo dispositivo desnecessário ou dispensável. Entretanto, no surgimento de conflito, os princípios é que servirão de fundamento para a integração da inteligência da norma, bem como na ausência do dispositivo legal, preenchendo a lacuna e conferindo completude ao sistema.

O princípio é norma informativa e constitui direito, representa valores e sua aplicação pode, inclusive, revogar, mesmo que tacitamente, a letra da lei que o contraria. Seu corolário limita a atuação do ente estatal, pois o Estado se submete a sua obediência.

Princípio constitucional – enunciado jurídico que serve de valor de interpretação. Propicia a unidade e harmonia do ordenamento. Integra as diferentes partes da constituição, atenuando tensões normativas. Quando examinado com visão de conjunto, confere coerência geral ao sistema, exercendo função dinamizadora e prospectiva, refletindo a sua força sobre as normas constitucionais. Apesar de veicular valores, não possui uma dimensão puramente axiológica, porque logra o status de norma jurídica. Violá-lo é tão grave quanto transgredir uma norma qualquer, pois não há gradação quanto ao nível de desrespeito a um bem jurídico. O interesse tutelado por uma norma é tão importante quanto aquele escudado em um princípio (BULOS, 2008, p. 387)

A evolução do pensamento jurídico se debruça agora sobre as questões de Justiça. A interpretação avalorativa da lei já mostrou, ao longo da História humana, os horrores que pode permitir pelo simples fato de ser legal. A preocupação com a ética é uma das consequências dessa mudança na forma de pensar e alcança outras e novas conclusões. Ao falar em Direito justo, em alusão a uma tendência atual do direito administrativo, Di Pietro (2009, p. 29) posiciona-se como segue:

Com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do Estado Democrático de Direito. Duas ideias são inerentes a este tipo de Estado: uma concepção mais ampla do princípio da legalidade e a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública. No que diz respeito ao primeiro aspecto, o Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei ao ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição.

Em apertada síntese, a autora expõe que há uma nova forma de entendimento do princípio da legalidade ao qual o Estado se submete, pois confere uma interpretação de abrangência mais ampla, de maneira que se exige não apenas a observância estrita da lei, mas a obediência ao Direito e, conseqüentemente, a todos os valores a ele inerentes. Nas palavras de Ferrajoli (2011, p. 45):

Assim que a legalidade positiva no Estado constitucional de direito mudou de natureza: não é mais somente (mera legalidade) condicionante, mas é ela mesma (estreita legalidade) condicionada por vínculos também substanciais relativos aos seus conteúdos ou significados.

Relativizar a norma legal conforme a conveniência do momento não é a questão, mas interpretá-la sempre conforme o Direito de forma sistêmica, em seus

postulados, valores e princípios. Isso reduz a liberdade do agente que opera em nome do Estado e amplia o controle judicial sobre seus atos, com o intuito maior de impedir o desvio ou o abuso.

Precisamente os direitos de liberdade, constituindo em imunidades as quais correspondem proibições por parte do Estado, definem a esfera daquilo que nenhuma maioria pode decidir fazer: nenhuma maioria pode decidir que um homem seja condenado à morte ou privado da liberdade pessoal sem um processo [...] A este respeito, os direitos fundamentais, enquanto equivalem a outros tantos limites ou vínculos normativos à democracia política, isto é à onipotência das maiorias, por outro lado, consistem e, fragmentos de soberania nas mãos de todos e de cada um, e por isso para o povo e a totalidade dos seus componentes (FERRAJOLI, 2011, p. 99-100).

Os princípios não apresentam hierarquia entre si, mas, a depender do caso concreto, pode o intérprete sopesar a importância dos valores em perfeita analogia ao que a figura da balança representa para a Justiça. Assim como dentro do ordenamento jurídico há agrupamentos de normas que se reúnem por ter natureza similar, ou por atender a determinado objetivo, acontece o mesmo fenômeno com os princípios, que também são normas.

O conjunto dos princípios constitucionais forma um sistema próprio, com lógica e autorregulação. Por isso, torna-se imperioso destacar dois aspectos: a) há integração entre os princípios constitucionais e os processuais penais; b) coordenam o sistema de princípios os mais relevantes para a garantia dos direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana e devido processo legal. (NUCCI, 2012, p. 43).

Eis um ponto importante a se observar: os princípios conferem direitos positivamente ao indivíduo ou à sociedade, mas também podem conferir garantias quando, da sua interpretação, se infere uma obrigação de o Estado se omitir de empreender determinada conduta.

Estes direitos e garantias possuem a finalidade de proteger bens jurídicos que o Estado tem obrigação de defender. Por toda a teoria do Direito discutida, significa que a finalidade do Estado e a justificativa para que seja dotado de tanto poder e prerrogativas é a tutela dos bens juridicamente considerados, pois estes são tudo aquilo que é precioso à vida em sociedade. A proteção deve se dar da forma mais ampla, eficiente e eficaz.

O bem jurídico, ou bem da vida, abrange tudo o que é indisponível, por certo, bem como o que não apresenta tal característica, mas que, por sua natureza, adquiriu este *status*.

Os valores que a sociedade elege como importantes é que servirão de fundamento para a escolha de quais bens jurídicos serão tutelados pelo ente estatal. O *jus puniendi*, que é privativo do Estado, tem razão de existir para cumprir essa finalidade, já que o poder foi dado ao Estado para que este proporcione aos seus cidadãos a convivência pacífica. A mácula ao bem juridicamente tutelado requer uma resposta proporcional ao prejuízo na forma da sanção, ou outra medida que o valha.

A ideia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção. Também não pode renunciar a um dos poucos conceitos que lhe permitem a crítica do direito positivo (PRADO, 2011, p. 21).

Os comportamentos que lesem, ou coloquem em risco esses interesses, devem sofrer uma reação. O Direito Penal, ao menos em tese, não deve intervir para tutelar um bem jurídico qualquer, dada a proporção da reação estatal. Este bem deve, invariavelmente, ser fundamental, daí o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal. O legislador escolhe dentre todos os bens jurídicos aqueles que considera relevantes para tutelar penalmente.

A tese aqui mencionada diz respeito aos movimentos de política criminal que passeiam entre os extremos do Estado de Lei e Ordem até o Abolicionismo Penal, que, apesar de relevante, não pertencem ao escopo de que trata o presente estudo (GRECO, 2011, p. 5-35).

A teoria do bem jurídico, responsável por apontar os tipos penais em nosso direito e legitimar a intervenção do Estado, passa, neste novo conceito histórico, a depender diretamente da materialidade da Constituição, pois os bens jurídicos são representados pelos preceitos e princípios que estão vinculados ao modelo de Estado Democrático de Direito (STRECK, 2009, p. 43)

O Direito Penal é a *ultima ratio* dentro do ordenamento jurídico. Depende intimamente da relação entre o tipo penal e suas consequências em oposição à importância valorativa que se dá a tal bem jurídico.

A Constituição Federal exerce dupla função nessa seara. Em primeiro lugar, orienta o legislador a escolher quais valores são considerados indispensáveis de tutela conforme o anseio da sociedade; em segundo lugar, para permitir ao ente estatal agir, determina quais são as condutas a serem coibidas, quais comportamentos apresentam característica de reprovabilidade, para que o indivíduo permaneça, livremente, no convívio social ao se abster destas condutas.

O Direito Penal tende ao fortalecimento e garantia dos valores ético-sociais da ação, mas, na busca dessa meta, atua submetido a princípios como o da legalidade e o da proteção de bens jurídicos, que também são, de sua parte, valiosos desde um ponto de vista ético-social e característicos do Direito Penal (PRADO, 2011, p. 45)

Os princípios funcionam como diretrizes do sistema processual principalmente no que tange à proteção de direitos fundamentais. “O processo penal não foge à regra, sendo regido, primordialmente, por princípios, que, por vezes, suplantam a própria literalidade da lei” (NUCCI, 2012, p. 43).

O Processo Penal é o sistema de normas que serve o Estado na aplicação do Direito Penal. Deve, portanto, estar amparado por critérios constitucionais. Os princípios que o regem são inafastáveis, uma vez que a consequência do *jus perseguendi* é o *jus puniendi* sobre o *jus libertatis*. Isso significa que o Estado exerce o direito de perseguir o autor do delito, a fim de aplicar a sanção sobre o direito de liberdade do indivíduo.

A garantia constitucional do devido processo legal, especificada ao processo penal (devido processo penal), reclama, para a sua efetivação, como visto, que o procedimento em que este se materializa observe, rigorosamente, todas as formalidades em lei prescritas, para o perfeito atingimento de sua finalidade solucionadora de conflito de interesses socialmente relevantes, quais sejam o punitivo e a liberdade (TUCCI, 2011, p. 79).

O desiderato é que a tutela do bem jurídico não pode anular garantias constitucionais do acusado. “Em suma, estabelecidos os direitos fundamentais do indivíduo, devem ser, igualmente, estatuídas as garantias a eles correspondentes, a fim de preservá-los e tutelá-los mediante atuações judiciais, tanto quanto possível rápidas, prontas e eficazes” (TUCCI, 2011, p.55).

Embora haja um movimento no sentido de uma justiça restaurativa, o Direito Penal sempre foi, desde a sua concepção, o instrumento do Estado, elaborado com a

finalidade de retribuir a conduta delitiva com a sanção correspondente e proporcional ao dano. A vingança privada se tornou a vingança pública. Com isso, a vítima não vê o reparo efetivo do dano, não há restauração, estando a ênfase na retribuição.

O Direito Penal sempre se pautou pelo critério de retribuição ao mal concreto do crime com o mal concreto da pena, segundo as palavras de Hungria. A evolução das ideias e o engajamento da ciência penal em outras trilhas, mais ligadas aos direitos e garantias fundamentais, vem permitindo a construção de um sistema de normas penais e processuais penais preocupado não somente com a punição, mas, sobretudo, com a proteção ao indivíduo em face de eventuais abusos do Estado, (NUCCI, 2012, p. 80).

A busca pela aplicação dos ideais de justiça deve ser incessante e a legalidade estrita e formal deve ser sopesada com os valores máximos da sociedade, sob pena de retroceder à barbárie. A harmonização do sistema deve sempre contrapor a relativização dos direitos, já que harmonizar não é amputar ou mitigar o Direito, mas aplicá-lo na justa medida em que não cause prejuízo ou excesso.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 A posição constitucional do Ministério Público

O Ministério Público exerce, segundo o art. 127 da Constituição Federal, função essencial à Justiça ao fiscalizar a aplicação da lei e atuar na defesa do regime democrático, dos direitos sociais e individuais indisponíveis. É instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, vinculado, mas não subordinado, ao poder executivo, portanto com independência funcional. No âmbito deste estudo interessa focar nas atribuições relacionadas ao papel exercido pelo *parquet* na seara penal.

Apesar da independência funcional e da posição que ocupa no ordenamento jurídico pátrio, a vinculação do Ministério Público a um dos três Poderes é imprescindível, pois não é ele um quarto poder, então, entendeu o legislador que, pela natureza das atribuições incumbidas, apresenta-se como função essencial ao Judiciário, embora caiba ao Executivo. Corroboram Bulos (2008, p. 1146), “Isso, contudo, não o subtrai da condição de instituição vinculada ao Poder Executivo, o que jamais significa depreciar sua independência”. Na conceituação de Silva (2009, p. 595):

O Ministério Público é instituição estatal permanente destinada essencialmente a fazer valer a pretensão punitiva do Estado que se origina da prática de crime. Nisso, aliás, está a sua concepção como essencial à função jurisdicional do Estado; mas isso não lhe dá a conceituação básica, porque outras instituições também são assim constitucionalmente concebidas e porque o art. 129 lhe dá mais que isso, e nem sempre o funcionamento da Justiça depende dele: só é assim quando estão em jogo os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal se pronunciou:

O Ministério Público não constitui órgão auxiliar do governo. É-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função subalterna. A atuação independente dessa instituição e do membro que a integra impõe-se como exigência de respeito aos direitos individuais e coletivos e delineia-se como fato de certeza quanto à efetiva submissão dos poderes à lei e à ordem jurídica. (ADIn 789-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.2.1993).

A situação do Ministério Público é bastante peculiar, não só por sua posição de vinculação, não obstante sem subordinação, como pela condição *sui generis* de seus membros, que integram a categoria de agentes políticos. Mesmo neste ponto não há consenso, os agentes políticos, para Meirelles (2004, p. 77), “exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência nos assuntos de sua competência”, para o autor, o *parquet* se enquadra nesta classificação, com a qual Jose Afonso da Silva também concorda.

Já para Di Pietro (2009, p. 511), “Em suas atribuições constitucionais, nada se encontra que justifique sua inclusão entre as funções de governo; não participam, direta ou indiretamente, das decisões governamentais”. Com fundamento em outros autores, Di Pietro questiona a estipulação dos membros do *parquet* como agentes políticos, justifica que pelo conceito deveria ser considerado como tal apenas àqueles que exercem mandato eletivo por sufrágio na forma da constituição. Quanto à natureza administrativa das funções do Ministério Público, comenta Bulos (2008, p. 1147):

Quando se procura delimitar o posicionamento institucional do Ministério Público, busca-se, na realidade, perquirir uma questão de fundo, muito mais singular: a natureza jurídica de suas atribuições. Sem dúvida, as funções que desempenha possuem natureza administrativa, como promover ações públicas, zelar pelo regime democrático, tutelar os interesses sociais e individuais indisponíveis, opinar como custos legis etc. Por isso, o Ministério Público não possui poder decisório, como os juízes, nem o condão de elaborar atos normativos, gerais e abstratos, atividade típica dos legisladores. Simplesmente atua junto ao Judiciário, sem exercer jurisdição, fiscalizando ou promovendo a observância das leis, mas sem elaborá-las.

As funções do Ministério Público já são consideravelmente amplas de acordo com a Constituição. Sua atuação está estritamente vinculada ao princípio da legalidade, justamente por ser considerado fiscal da lei, não havendo como, desta forma, lhe atribuir poderes de atuação que inexistem no ordenamento. Não se está divagando aqui sobre princípios, mas efetuando análise restrita das suas atribuições legais quanto aos fins almejados pelo legislador.

Significa dizer que, apesar do rol de atribuições ditados pela norma constitucional ser exemplificativo, não pode o Ministério Público agir com excesso em

relação aos meios. Suas funções não são limitadas pelo texto porque este permite o exercício pleno de tudo aquilo que seja compatível com a finalidade da instituição.

Contudo, não permite a máxima Maquiavélica de que os fins justificam os meios, porque o contexto em que este postulado teve aplicação não mais se justifica ou tolera, por ser incompatível com tudo o que representa um Estado Democrático de Direito.

O escopo de atuação do Ministério Público é abrangente, como não poderia deixar de ser, mas os meios de que se serve para alcançá-los devem obedecer à estrita legalidade, nos contornos e limites que determinou o legislador, tanto constitucional como infraconstitucional, uma vez que meio e finalidade não se confundem. Neste ponto é interessante a visão de Silva (2009, p. 595):

No essencial sua função primordial permanece sendo velar e fazer velar pela observância da lei. Assim é mesmo quando a Constituição lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Tudo isso se resume na sua finalidade de prover sobre a exata observância do **direito objetivo** (grifo nosso), incluindo a Constituição. Por isso há que agir com imparcialidade mesmo quando acusa, ou defende direitos indisponíveis; devem prevalecer sempre os fins da Instituição: assegurar a observância do direito objetivo e a defesa do interesse público. Nesses limites, pode-se aceitar que se trata de uma Instituição a serviço da cidadania, às vezes até com certo **abuso de poder** (grifo nosso); mas, embora se possa ver nela alguma função de ombudsman, não chega a essa caracterização, ainda que seus integrante (*sic*) se esforcem para tanto.

Por esta linha, Rocha (2007, p. 234) é categórico ao afirmar que “A atuação do Ministério Público no processo está sujeita a dois princípios: princípios da legalidade e princípios da imparcialidade”. Do primeiro, deriva a subordinação ao ordenamento jurídico estatal, principalmente à Constituição, ou seja, só pode atuar se a lei assim o permitir; do segundo, que a imparcialidade deve ser subjetiva, o que significa que deve existir equidistância do agente que desempenha funções públicas em relação às outras partes processuais.

As limitações da atuação das pessoas que agem em nome do Estado são determinadas pela legalidade e imparcialidade, mas somente o fazem se imbuídas de legitimidade, do contrário qualquer ato seria ilegal por si só.

Complementa Prado (2011, p. 78), “A propósito, tanto a legalidade como a legitimidade são requisitos de justificação do poder: a primeira do exercício e a segunda da titularidade”. A legalidade delinea a atuação ao impor o limite inerente ao exercício da função, de maneira a evitar o excesso ou mesmo a omissão. É a medida da exigibilidade da conduta do agente público.

Deve o Ministério Público corrigir seus próprios defeitos: buscar uma atuação mais teleologicamente destinada à defesa social e menos burocratizada; trabalhar mais e com mais primor; chegar mais efetivamente ao povo, da forma mais ampla possível, para que saiba este o que a instituição pode fazer, o que deve fazer, o que está fazendo, o que não está fazendo mas deveria fazer, quais seus instrumentos de trabalho, quais suas garantias, quais suas principais falhas e qualidades, bem como suas mais prementes necessidades e reivindicações. (MAZZILLI, 2013, p. 79)

O peso da responsabilidade que recai sobre o *parquet* é incomensurável, bem como o poder cedido para o cumprimento de seus preceitos. Entretanto, o perfeito equilíbrio entre poder e responsabilidade não admite desmandos. A atitude do órgão deve ser impecável sob todos os aspectos, não somente por ser o exemplo, mas por sua incumbência de exigir nada menos que a conduta ilibada de todos os entes do sistema.

O Ministério Público, sem sombra de dúvidas, configura-se como um garante de existência e vigilância a todos os poderes constituídos no país, harmonizando-se e ao mesmo tempo sofrendo vigilância de toda a sociedade, seja por força de sua atuação administrativa ou mesmo processual, pelas partes e pelo juiz, definindo-se como instituição ‘extrapoder’, porque detentor de garantias especiais de poder, atribuídas pela Constituição Federal. (VASCONCELOS, 2013, P. 63).

Antes de mais nada, toda a ação estatal se apresenta porque alguém a executa. O Estado é ente abstrato que materializa seus atos através da pessoa, a qual, na qualidade de humana, possui falhas. Na máxima de Mazzilli (2013, p. 80), “Antes de mais nada, é preciso dizer que as garantias, em si mesmas, não fazem uma instituição, se os homens que as compõem não na merecerem”. Não basta que ordenamento jurídico atribua deveres sem que promova também garantias a fim de que a função seja cumprida.

Quando o ordenamento jurídico diz caber ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, tal expressão há de ser entendida como a atuação de ‘custos legis’ do Parquet, vez que deve sempre zelar pelo efetivo respeito ao ordenamento jurídico, dentro da esfera de atuação que a Constituição Federal lhe confere. (VASCONCELOS, 2013, p. 42)

Em linhas gerais, o *parquet* cumpre um papel de extrema importância. O legislador constitucional, bem como o infraconstitucional, deixou claro, na letra da lei, quais as funções institucionais do Ministério Público em rol exemplificativo. Contudo, deve ser levado em consideração que, embora pacificamente se entenda este rol como exemplificativo, uma vez que o inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal deixa em aberto mais possibilidades de atuação, este dispositivo fala em funções quanto à finalidade, uma vez que, aos meios, o princípio da legalidade limita a atuação. Logo, são funções conforme o texto constitucional:

Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição.

Defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas.

Expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

Exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.

Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Cabe aqui extrair das funções descritas àquelas que a este estudo importam, quais sejam: promover a ação penal pública privativamente; promover o inquérito civil, exercer o controle externo da polícia e; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Para Vasconcelos (2013, p. 168), “fez bem o constituinte ao descrever as funções essenciais ministeriais, afastando dessa forma as crises de incerteza, dúvidas que poderiam pairar sobre afazeres institucionais”.

O parágrafo primeiro do artigo supracitado menciona que a legitimação para as ações civis ali previstas não impede a propositura, por terceiros, das ações de mesma natureza, contanto que ostentem também a qualidade de legitimados, conforme o texto da lei. Todavia, como visto quanto à ação penal pública, esta é privativa do Ministério Público.

A inferência aqui é importante no sentido de que, em primeiro lugar, em uma ação civil a consequência jurídica de uma possível sentença de cunho condenatório não recai sobre o *ius libertatis* do indivíduo, embora elementos da ação civil possam dar ensejo a uma ação penal, será apenas de forma reflexa.

Em segundo lugar, o terceiro legitimado que seja interessado na ação, se inconformado com a inteligência do Ministério Público no tocante a questão ora discutida, pode postular por si, independentemente da posição assumida pelo *parquet*, conforme a lei lhe reserva a prerrogativa. De acordo com a opinião de Mazzilli (2005, p. 130):

Para o Ministério Público, a transcendência da ação penal pública explica-se seja porque nela se encontra uma das raízes históricas da instituição, seja porque por meio dela exerce uma parcela direta da soberania do Estado. É no seu não exercício que se identifica a única hipótese em que o Ministério Público condiciona o *ius puniendi* do Estado soberano. Todas as demais funções do Ministério Público não lhe são privativas. Nem mesmo sobre a propositura ou não das ações civis públicas o Ministério dá a última palavra: essas ações podem ser propostas por outros legitimados. Só numa hipótese o Ministério Público age privativamente: na promoção da ação penal pública.

Na seara penal, o Ministério Público exerce a pretensão punitiva do Estado conquanto haja o crime. Na prática, é o agente do *jus perseguendi* em busca do *jus puniendi*. Atua como titular exclusivo da pretensão estatal e mesmo na ação penal privada, acompanha atentamente.

No âmbito civil não apresenta a privatividade, pois concorre com e para a sociedade na busca da reparação do dano causado ao bem jurídico de interesse difuso e coletivo.

O inquérito civil constitui peça preliminar e preparatória da ação civil pública. É nele que se colhem os elementos necessário à propositura daquela ação. A investigação que se faz mediante o inquérito civil é de natureza puramente civil. É abusivo servir-se dele para proceder a investigações de natureza penal. E, como a ação civil pública é o meio de invocação da atividade jurisdicional visando a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, todos de natureza não-criminal, o inquérito civil tem necessariamente que se prender à colheita de material e elementos vinculados a esses objetos. (SILVA, 2008, p. 602).

O legislador faz distinção no tratamento da matéria civil e penal ao longo do ordenamento. Deixa a cargo do Ministério Público o inquérito civil. Entretanto, quanto ao inquérito penal, não silencia, pois não há lacuna, mas encarrega do procedimento instituição diversa ao *parquet*, a exemplo da polícia no inquérito policial.

É imperioso ressaltar, por outro lado, que o inquérito civil não é indispensável para a propositura da futura ação civil pública, da mesma forma que o inquérito penal não é essencial à propositura da ação penal. Com efeito, caso o membro do Ministério Público já tenha a seu alcance elementos suficientes sobre autoria e materialidade de danos a bens ou direitos por ele tutelados, poderá propor a ação imediatamente. Poderá, ademais, requisitar certidões, informações, exames ou perícias de qualquer organismo público ou particular, e propor imediatamente a ação (artigo 8º, § 1º, parte final, da Lei da Ação Civil Pública). (DANTAS, 2013, p. 460).

A Lei Orgânica do Ministério Público, ao dispor das funções gerais do órgão, segue em total consonância com o texto constitucional, sem dar azo a qualquer dúvida interpretação, e vai além ao determinar as diretrizes de como poderá executar as funções conferidas.

No geral, a lei complementar é o meio apto a atribuir funções ao Ministério Público, ao repisar o discutido até o momento, o rol é exemplificativo e fica a instituição livre para exercer o que se fizer necessário à consecução de sua finalidade.

Entretanto, o legislador tomou o cuidado de mencionar que o controle externo à atividade policial somente pode ser regulamentado por essa espécie legislativa, dada a importância do tema.

Como segue, da Lei Orgânica do Ministério Público, serão escolhidos para análise apenas os dispositivos que influenciam o contexto do que diz respeito ao presente estudo:

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:

[...]

III - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

[...]

Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

[...]

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los;

O texto infraconstitucional guarda a perfeita harmonia com a Constituição Federal quando atribui funções. Disponibiliza também os meios de que pode se servir o *parquet* na consecução de seus objetivos. Ação penal é o objetivo, requisitar inquérito, meio.

Daí por que o Ministério Público está legalmente autorizado a requerer abertura como também acompanhar a atividade policial no curso do inquérito. Contudo, por falta de uma norma que satisfatoriamente defina o chamado controle externo da atividade policial – subordinação ou dependência funcional da polícia em relação ao MP –, não podemos afirmar que o Ministério Público pode assumir o mando do inquérito policial, mas sim participar ativamente, requerendo diligências e acompanhando a atividade policial (LOPES JR, 2011, p. 251).

Em momento algum é cominada ao Ministério Público a prerrogativa de investigar no âmbito penal, como acontece no civil, mas de requisitar a investigação e, para manter a idoneidade da prova obtida, exercer o controle externo do órgão responsável à empreitada.

2.2 O Ministério Público no Processo Penal

O Ministério Público é o órgão estatal que por definição legal detém a legitimidade exclusiva da ação penal pública. O Estado exerce o poder de punir, que lhe é privativo, mas a acusação, que tem por base a infração penal, pode ser exercida pelo particular na ação penal privada e na ação penal subsidiária da pública, que se torna possível em caso de inércia do legitimado; ou pelo Ministério Público na ação penal pública incondicionada e na ação penal pública condicionada à representação do ofendido.

Considerada a infração penal como a violação de bem juridicamente tutelado por legislação específica, que não só lesa ou ameaça lesar direitos individuais, mas afeta, também, a harmônica vivência comunitária, incumbe ao Estado a restauração da ordem jurídica por ela atingida, de sorte a restabelecer, simultaneamente, a paz social, assecuratória da segurança pública (TUCCI, 2011, p. 29).

Aqui cabe apenas as disposições a respeito da ação penal pública incondicionada, que é conceitualmente pura, uma vez que permite ao *parquet* agir de ofício, sem dependência de qualquer requisito, como seria o caso da ação penal pública condicionada à representação.

Quando se diz que as partes estão perante o juiz para serem julgadas, já se subentende que o juiz não é uma delas. De fato, os juristas dizem que o juiz está super partes, isto é, ele está acima e as partes e o acusado abaixo. O acusado está sob grades, o juiz sobre a cátedra; do mesmo modo, o defensor está abaixo do juiz, sob sua autoridade, mas o Ministério Público, como parte, contrariando a tudo, coloca-se ao seu lado. (CARNELUTTI, 2012a, p. 47)

O Estado detém o *ius puniendi*, ou seja, o poder de punir. Cabe ao Ministério Público agir, no sentido de oferecer a Denúncia, ou de pedir o arquivamento das peças informativas, ou do inquérito, se houver, se entender que aquele bem jurídico ao qual deve o Estado tutelar foi, ou não, violado. Conforme ensina Tucci (2011, p. 31) “impõe-se, em qualquer circunstância, o cotejo entre o *poder-dever de punir* do Estado e o *ius libertatis* do indigitado autor de infração penal”.

Dentre todas as funções inerentes à atuação do Ministério Público, é a ação penal pública a única em que detém legitimidade privativa para agir.

Ao contrário das demais ações em que o Ministério Público está legitimado a atuar e que, note-se, não detém exclusividade da capacidade postulatória, na ação penal pública incondicionada, em que a legitimidade é exclusiva, a consequência da sentença recai primordialmente sobre um dos direitos fundamentais mais relevantes para o ser humano, que é a liberdade.

Contudo, a liberdade vale mais que a vida 'como o sabe quem por ela rejeita a vida'; e, ainda que eu tenha dito, no curso de *Como nasce o direito*, que esta sagrada palavra deve ser tomada no sentido mais elevado do que creem aqueles para os quais tal liberdade se resolve na possibilidade de se fazer o que agrada, até mesmo precisamente por isso, o certo é que, na maioria dos processos penais, inclusive nos que podem parecer menos graves, está em jogo a liberdade do imputado. (CARNELUTTI, 2012b, p. 12).

Para tanto, o mínimo que se exige é determinado grau de certeza para que exista um interesse de agir. Na assertiva de Favoretto (2012, p. 27), "A imposição de limites ao poder de punir do Estado mostra-se essencial no Estado Democrático de Direito, sendo de rigor que o Direito Penal atue de forma residual, não interferindo, portanto, de forma desnecessária na esfera de liberdade do ser humano".

Mais importante, portanto, que dizer inutilmente que o Ministério Público é fiscal da lei ou parte imparcial, é buscar saber a causa que o trouxe ao processo, para daí buscar as finalidades protetivas da sua atuação. A causa da atuação ora é um interesse ligado a uma pessoa, ora a uma relação jurídica, ora ao bem de todos; mas, numa hipótese ou noutra, sempre haverá um interesse público a zelar, que será uma indisponibilidade ou a defesa de um interesse de grande abrangência ou relevância social. Num processo em que não haja interesse algum pelo qual zelar, então ele não deve officiar. (MAZZILLI, 2013, p. 339)

O membro do Ministério Público tem a prerrogativa de oferecer a Denúncia somente se sua convicção se forma a respeito da materialidade e autoria de determinado delito que ofenda a um bem juridicamente protegido.

Há isenção e discricionariedade nesta atividade e, decerto, não poderia ser diferente, pois não há como fiscalizar a formação de uma convicção para saber se o membro do Ministério Público está imbuído de fundamento, em sede de consciência, ao rechaçar determinada hipótese de conduta delituosa.

Em caso de solicitar o arquivamento do inquérito policial, por não estar convicto quanto ao oferecimento da Denúncia, esse ato deve ser devidamente fundamentado. Contudo, se a investigação for própria, não existe tal garantia.

O pedido de arquivamento dá publicidade ao ato e transparece a imparcialidade, mas se ao invés de arquivamento houver um engavetamento, não há garantia para o investigado.

Se, porém, conferirmos a *imparcial* apenas um sentido moral, então é possível dizer que o Ministério Público é *imparcial*. Assim, poderemos dizer que é titular de ônus e faculdades na relação processual (é parte), mas, como o interesse que defende não é privado, como exercita a defesa do interesse público primário (o bem geral), e como não tem um interesse privado contra a parte contrária, então sua imparcialidade terá caráter moral, não processual, porque tecnicamente ele continua sendo parte. Ainda que moralmente não possa ter, nem tenha interesse em condenar um inocente, assim mesmo continua sendo parte na relação processual. (MAZZILLI, 2013, p. 336).

Em suma, o órgão acusador do Estado, em que pese sua convicção, é imparcial, pois acusa na salvaguarda legal e tem interesse na tutela do bem jurídico atingido pela conduta delituosa.

Seu mérito de agir se respalda no princípio da supremacia do interesse público e não no seu interesse pessoal, ainda que não tenha deixado sua humanidade de lado, deve atuar com zelo ao abstrair tudo o que não pertence à relação processual, mesmo que haja clamor social em dada expectativa de condenação.

No art. 129, I, CF, está prevista, como função institucional, a promoção, em caráter privativo, da ação penal pública, na forma legal. Por isso, ocupa, no processo penal, o Ministério Público a posição de sujeito da relação processual, ao lado do juiz e do acusado, além de ser também parte, pois defende o interesse do Estado, que é a efetivação do seu direito de punir o criminoso. Embora, atualmente, não lhe seja mais possível negar o caráter de parte imparcial, visto não estar obrigado a pleitear a condenação de quem julga inocente, nem mesmo de propor a ação penal contra quem não existem provas suficientes, não deixa de estar vinculado ao polo ativo da demanda, possuindo pretensões contrapostas, na maior parte das vezes, ao interesse da parte contrária, que é o réu, figurando no polo passivo. Negando a denominação de parte imparcial ao representante do Ministério Público, Gustavo Badaró esclarece que, não tivesse o Ministério Público um interesse pessoal e antagônico ao do acusado, não teria sentido afirmar que ele tem o ônus da prova, pois este é decorrência do próprio interesse. Parte desinteressada não deveria ter ônus algum. (NUCCI, 2012, p. 582).

O Ministério Público é independente e isento, entretanto quando é parte na relação processual, figura uma pretensão. Na esfera civil, não é único legitimado, portanto, se quem detém legitimidade ativa para postular não concordar com o posicionamento assumido pelo *parquet*, pode, por conta própria, mover a ação.

Entretanto, na esfera penal, a legitimidade é exclusiva. O acusado acaba por ser julgado duas vezes, a primeira pelo órgão acusador, para formar sua convicção; a segunda pelo juiz no curso do processo.

Aqui também o Ministério Público tem o interesse de fazer cumprir a lei. A lei penal é de ordem pública; o indivíduo violou a lei, então deverá ser punido; não o fez, é inocente, então deve ser absolvido. São pretensões. A própria absolvição de um inocente não é um problema só do réu: convém enormemente à sociedade que um inocente não seja condenado. (MAZZILLI, 2013, p. 338).

Cabe lembrar que ao acusado são dados direitos e garantias no processo, já que é patente a desigualdade das “partes”, tais como: o benefício da dúvida, a presunção de inocência, não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo.

A função da acusação é provar o fato pretérito punível e, para essa finalidade, se utiliza de todo o aparato estatal a sua disposição. Contudo, o acusado pode defender-se, pois esta é uma faculdade. Permanecer inerte deve ser uma postura natural, mas não obrigatória.

O fato é que, muito embora o acusado tenha a pretensão de proceder a uma defesa ativa na dialética processual, a menos que disponibilize de polpudos recursos a fim de custear uma defesa técnica de qualidade, ou mesmo dispor de algum meio de prova como a pericial, por exemplo, ainda assim o seu acesso ao meio de prova é dificultado pela própria característica do sistema.

Para entender, se necessitar de algo que a polícia está apta a fazer, como a prova irrepetível, pode requerer, mas não significa que vai ser deferido. Ao contrário da requisição, o requerimento não vincula o ato.

O acusado pode requerer ao juiz a produção antecipada da prova, se for o caso, mas tem que demonstrar fundamento, porque o sistema atual não tem uma fase propriamente instrutória no processo. Mais uma vez o acusado é julgado e ainda nem foi condenado.

A justificativa para a necessidade do acusado em fazer um pedido judicial para obter a prova é a independência do órgão investigativo, que lhe dá a liberdade de levar o andamento da investigação para a direção que lhe convém.

De acordo com Lopes Jr (2011, p.221):

O processo é um caminho necessário, que poderá levar à pena ou não, dependendo da efetividade da acusação, que deverá vencer a luta contra o ocultamento do injusto penal. Inclusive a absolvição, em muitos casos, deve ser interpretada como o reconhecimento de um erro judiciário e reflexo do mau funcionamento da Justiça, pois o processo poderia ter sido evitado se o sistema fosse dotado de um eficaz filtro contra as acusações infundadas e a investigação preliminar tivesse aportado suficientes elementos para levar ao não-processo.

O sistema atual, em sua fase processual, é tido como acusatório, em linhas gerais. Significa que há alguns princípios que regem majoritariamente a dialética da relação jurídica. A saber: o contraditório e a ampla defesa. No conceito de Rangel (2012, p. 148):

Sistema acusatório é aquele em que a imputação penal é feita por órgão distinto do juiz, em regra o Ministério Público, estabelecendo, assim, um *actum trium personarum*, dando-se ao acusado o *status* de sujeito de direitos com exercício da ampla defesa e do contraditório e não tratando-o como mero objeto de investigação.

Deveria ser evidente que nessa conjuntura, haveria uma “paridade de armas” na expressão de Cernelutti, mas não é o que acontece. A paridade ocorre com institutos que não são equivalentes, à acusação cabe provar por todo e qualquer meio que o Estado disponibilize, e o acusado nada precisa fazer, porque a ele não se incumbe este ônus.

Parece fácil, um faz tudo e o outro, nada. Atente que na idade média a inquisição jogava os acusados de bruxaria na água, se sobrevivessem, o fato restava provado, então cumpriam em momento posterior a pena, pagando com a vida; se morressem, estavam absolvidos, mas mortos. O inquisidor, que também era acusador, fazia tudo, o indigitado, nada.

A sentença absolutória que não deriva de falha técnica, mas material, denota um erro lamentável da justiça e causa dano irreparável ao inocente que sofreu um processo que jamais deveria ter iniciado. Entretanto, o sistema é composto por pessoas, logo, sujeito à falibilidade, por mais indesejável que possa ser.

Recai sobre o Ministério Público a façanha de não errar. Por titular o *jus perseguendi* estatal, automaticamente está a sua disposição todos os meios cabíveis e aptos ao cumprimento desta missão, ainda que não os exerça diretamente, sob pena

de comprometer a imparcialidade. Pois uma coisa é o papel que opera no curso do processo, como parte, que se mantém imparcial por estar sob à égide da legalidade e plena consciência de convicção em claro juízo moral e, outra, o papel que exerce na fase pré-processual.

Essa deficiência da justiça, no processo, torna-se muito mais grave, quando o acusado realmente não é culpado, porque declarar a sua inocência é o único modo de reparar, ainda que injustamente, o dano que lhe fora ocasionado. Se, de fato, não cometeu o delito, significa que nunca deveria ter sido acusado e, muito menos, absolvido, e muito menos, ainda, tão somente absolvido. Não havendo malícia por parte daquele que o acusou, levantando a suspeita, aconteceu apenas um erro irremediável a que todo o ser humano, infelizmente, está sujeito, e a culpa deve recair unicamente sobre as circunstância que enganaram a polícia, o Ministério Público e o juiz da instrução. Porém, um erro foi cometido e a sentença que absolve o acusado pela não comissão do ato, ou porque ato cometido por ele não foi considerado delituoso, não inclui só a declaração de sua inocência, inclui também o erro cometido por aqueles que o arrastaram para o processo (CARNELUTTI, 2012a, p. 93).

Investigar, acusar e julgar são atividades diferentes, se o *parquet* investiga, forma sua *opinio delicti* certamente, mas prejudica a imparcialidade, porque o faz em único sentido, por deter a primazia dos meios, inibe a manifestação do acusado. O direito deste de permanecer em silêncio não deve ser confundido com uma obrigação.

O *parquet* ao proceder a investigação pessoalmente, macula a natureza de acusador para assumir uma postura inquisitorial que é, ou pelo menos deveria ser, avessa ao que sistema acusatório almeja, no mínimo em termos de direitos e garantias fundamentais.

O Ministério Público já tem a dicotômica missão de ser parte inexoravelmente imparcial no processo. Forçoso crer que haja possibilidade de ser o acusador e, também, o inquisidor, conforme a conveniência da situação e com a mais absoluta maestria.

3 A NATUREZA DO INQUÉRITO CRIMINAL

3.1 Fase pré-processual

O inquérito é peça administrativa que tem por finalidade apontar materialidade, circunstâncias e autoria de uma infração penal, de maneira a servir de lastro à formação da *opinio delicti* do membro do Ministério Público para o oferecimento da denúncia, ainda que não seja imprescindível à ação penal. Significa que o promotor público não está atrelado às conclusões do inquérito para formar sua convicção e pode, inclusive, discordar do conteúdo do inquérito solicitando seu arquivamento, bem como pode oferecer a denúncia com base em mera peça informativa sem que sequer exista um inquérito.

A nosso juízo, a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e com isso também assegurar à sociedade de que não existirão abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunibilidade causa uma grave intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente (LOPES JR, 2011, p. 224).

Em sede pré-processual, então, vige uma sistemática fundamentalmente inquisitória. Trata-se da investigação criminal, que busca os indícios da materialidade, as circunstâncias e a autoria do provável delito. Nesta fase há apenas a necessidade de apurar o *fumus comissi delicti*.

Não significa que o contraditório e a ampla defesa estejam relegados até que se instale devidamente o processo, mas são institutos que se aplicam em relação ao suspeito de maneira diretamente proporcional ao aclaramento do fato apurado, quanto mais evidentes os elementos formadores de convicção se tornam, maiores as consequências da investigação, maiores, também, as garantias de que se serve o suspeito a fim de evitar o processo em si, em caso de suspeita infundada.

A investigação criminal é o meio procedimental apto a procurar os elementos que compõe a fumaça do delito cometido. Em tese, é a polícia o órgão apto a

investigar, mas não o único, já que a lei prevê esta possibilidade à outras autoridades, o inquérito policial é o meio do qual se serve.

Há exceção para os crimes de menor potencial ofensivo, cuja a pena máxima em abstrato não ultrapasse dois anos, caso em que não há inquérito, mas termo circunstanciado que aponta os elementos básicos de formação da convicção, quais sejam, a autoria, a materialidade e as circunstâncias do fato. O inquérito policial conceitua-se como:

Um procedimento preparatório de ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria. Seu objetivo precípua é a formação da convicção do representante do Ministério Público, mas também a colheita de provas urgentes, que podem desaparecer, após o cometimento do crime, bem como a composição das indispensáveis provas pré-constituídas que servem de base à vítima, em determinados casos, para a propositura da ação privada. (NUCCI, 2012, p. 76).

O objeto da investigação preliminar não é o suspeito, que surge no curso do procedimento, mas, sim, o fato que se quer extrair da obscuridade. Em que pese a imparcialidade, o inquérito busca um provável agente da prática delitiva, bem como as circunstâncias do fato e a existência da materialidade, contudo, de qualquer forma e qualquer que seja o resultado das apurações, não obriga o órgão acusador a comungar da opinião.

O objeto da investigação preliminar não é o seu fim, mas sim a matéria sobre a qual recai o complexo de elementos que a integram, isto é, os fatos narrados da notitia criminis ou obtidos ex officio pelos órgãos de investigação estatal. Delimitado o objeto, cumpre verificar o nível ou grau de conhecimento que se pretende obter com a investigação preliminar. Para isso, devemos levar em consideração seu caráter instrumental e preparatório em relação ao processo penal, isto é, que a investigação não é um fim em si mesma. Ademais, existe uma íntima relação entre o nível de conhecimento que se busca e a natureza dos atos que devem ser praticados para alcançar este conhecimento. Outra importante vinculação está entre o grau de cognição e a natureza do juízo que se pretende: juízo de verossimilhança ou de certeza (LOPES JR, 2011, p. 241)

O órgão responsável pela investigação é isento e imparcial por não ter qualquer interesse em acusar, sequer figurará no processo, que tão pouco precisa existir, já que na falta de convicção do órgão acusador, inquérito pode ser simplesmente arquivado, ainda que este seja um ato necessariamente fundamentado, ou, ainda, por ser dispensável ao oferecimento da denúncia, porque pode o *parquet* postular com base em informação diversa e, mesmo oposta, à conclusão a que chegou o inquérito.

De acordo com o que pontifica Lopes Jr (2011, p. 228), “É o modelo adotado pelo Direito brasileiro, que atribui à polícia a tarefa de investigar e averiguar os fatos constantes na notícia-crime” e este modelo aparece dotado de verossimilhança por todo o ordenamento jurídico.

A Constituição Federal dá a polícia a prerrogativa de instaurar o inquérito policial, de cunho criminal, dá ao Ministério Público a exclusividade da ação penal pública e a possibilidade de requisitar o inquérito ou as diligências de que necessite de forma a vincular a atuação da polícia, que não pode se escusar a atender, não por ser subordinada ao órgão acusador, mas porque a requisição, sempre fundamentada, impõe legalmente a execução.

Ao ministério Público cabe, tomando ciência da prática de um delito, requisitar a instauração da investigação pela polícia judiciária, controlar todo o desenvolvimento da persecução investigatória, requisitar diligências e, ao final, formar sua opinião, optando por denunciar ou não eventual pessoa apontada como autora. O que não lhe é constitucionalmente assegurado é produzir, sozinho, a investigação, denunciando a seguir quem considerar autor de infração penal, excluindo, integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz. (NUCCI, 2012, p. 85).

Já que o *parquet* não é imbuído da possibilidade de investigar em âmbito penal, pode e deve efetuar o controle externo da atividade policial, a fim de garantir a idoneidade do procedimento, com o fito de preservar a licitude do meio de prova. Não somente por ser de seu interesse processual como parte obter a prova lícita, mas por ter o Ministério Público, a qualidade de fiscal da lei. Conforme Nucci (2012, p. 81) **“Presidência do inquérito policial:** cabe à autoridade policial, embora as diligências realizadas possam ser acompanhadas pelo representante do Ministério Público, que detém o controle externo da polícia”.

O ponto-chave então é se precaver da realização dos meios previstos em Lei, com o rigor exigido pelo Lei. Na maioria deles, por estabelecerem situações jurídicas que envolvem uma espécie de ‘interferência’ aos direitos e garantias individuais constitucionais do cidadão, a Lei exige que se obedeçam formas rígidas e, se assim não ocorrer, poderão ser declarados nulos e o seu resultado, ou seja, a prova ao final obtida, pode ter que acabar sendo descartada dos autos. (MENDRONI, 2010, p. 51).

Ao analisar a mecânica do sistema, percebe-se que o legislador se preocupou com a distribuição dos papéis de forma a manter a imparcialidade dos órgãos estatais e preservar os direitos e garantias do suspeito que corre o risco de, em dado momento, ser indiciado, ou mesmo passar a qualificação de acusado. O fim é o de evitar o

processo inútil, progressivamente a considerar o dispêndio de recursos públicos, o dano ao acusado materialmente inocente e o prejuízo genérico à sociedade ao testemunhar o fracasso do sistema.

Observe-se que o órgão que acusa não é o mesmo que investiga, o órgão que investiga, além de não ser parte no processo, até porque sua atividade acontece principalmente na fase pré-processual, está desvinculado à acusação. O fato de ter o dever legal de atender à requisição do órgão acusador, não representa qualquer tipo de subordinação.

O suspeito, ou, em situação mais gravosa, o indiciado, pode requisitar a produção de prova também, entretanto por via indireta: ao ver que seu requerimento foi indeferido pelo órgão investigador, que sequer precisa fundamentar a recusa, pode o suspeito ou indiciado pleiteá-lo judicialmente, o que significa que se o juiz deferir o pedido, vai requisitar ao órgão investigador que terá, agora, a obrigatoriedade legal de cumpri-lo, e nem por isso significa que o órgão investigador passa, então, a se subordinar à defesa.

A vítima, pessoalmente ou através de seu representante legal, bem como o indiciado – a pessoa oficialmente apontada como suspeita pela prática do crime – podem requerer ao presidente do inquérito, que é a autoridade policial, a realização de alguma diligência que considere útil à busca da verdade real (ouvida de alguma testemunha, realização de exame pericial etc.), podendo ser este pleito deferido ou indeferido, sem necessidade de qualquer fundamentação. O inquérito é um procedimento administrativo investigatório, não envolto em contraditório, nem abrangido pela ampla defesa, motivo pelo qual o indiciado não tem o direito de se envolver na colheita de prova, o mesmo valendo para a vítima. Entretanto, se a prova requerida for muito importante, pode a parte, cujo requerimento foi indeferido, dirigi-lo novamente ao promotor ou ao juiz que acompanham, necessariamente, o andamento do inquérito. Julgando viável o solicitado, a diligência pode ser requisitada pela autoridade competente, obrigando, então, o delegado a atendê-la. (NUCCI, 2012, p. 120).

O órgão acusador, pode e deve controlar a idoneidade da atividade do órgão investigador, não somente por seu interesse como parte em ter material que se aproveite em benefício do processo, mas porque é função primordial fiscalizar o cumprimento da lei.

A prova ilícita eiva de vício o fundamento da parte, seja à acusação, seja à defesa, porque a nenhuma delas sustenta. O edifício cuja a fundação é precária não tem outro destino senão desabar.

Há quem defenda sopesar a ilicitude do meio de prova com a importância do bem juridicamente protegido que foi violado, mas não se pode relativizar direitos com base em proporcionalidade e razoabilidade ao se valer de malabarismo hermenêutico a fim de justificar o desmando estatal (LOPES JR, 2011, p. 11).

Já cabe ao réu a torpeza do ilícito, ao Estado não se deve permitir agir da mesma forma sob pena de ferir irremediavelmente o princípio da legalidade. Para Mazzilli (2013, p. 339), “Em suma, quando o Ministério Público atuar em um processo, como órgão agente ou interveniente, sempre será parte e fiscalizará o correto cumprimento da lei”.

Em relação aos questionamentos que envolvem eventuais nulidades das provas, o ponto essencial é a atenção à idoneidade das provas, ou melhor, dos meios percorridos para se atingir a obtenção de uma prova. Ilícitos, repita-se sempre, não são as provas, mas os meios. As provas são estáticas e os meios dinâmicos. Então, nulos são os meios utilizados e que, por isso mesmo, maculam as provas. (MENDRONI, 2010, p. 51).

É questionável o posicionamento da doutrina que defende a inexistência de contraditório em ampla defesa na fase pré-processual. Por certo que algumas características intrínsecas à natureza do inquérito mitigam as garantias, mas não as suprimem. Na assertiva de Lopes Jr (2011, p. 314), “É lugar comum na doutrina a afirmação genérica e infundada de que não existe direito de defesa e contraditório no inquérito policial [...] Existe, é exigível, mas sua eficácia é insuficiente e deve ser potencializada”.

Como exemplo tem-se o sigilo das investigações que não deve ser absoluto, até porque o advogado do indiciado tem acesso aos autos de investigação. A defesa técnica também acompanha o indiciado no interrogatório, que, conforme o Código de Processo Penal, se dá seguindo o regramento do interrogatório em sede de processo, observadas todas as garantias.

Ao ir além, é preciso mencionar que somente haverá interrogatório válido se for revelado que a esta altura da investigação, o suspeito evoluiu ao *status* de indiciado e que por esta razão lhe assistem as garantias que esta nova qualificação confere.

No exemplo de Lopes Jr (2011, p. 320) “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em

procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Todas as garantias têm o fulcro inibir o rompimento da inércia judicial em razão de substancial erro de percepção do Ministério Público que, ao dar azo a uma acusação infundada, mesmo que movido por total boa-fé, incorre em claro prejuízo à sociedade e, principalmente, ao indivíduo.

A função de filtro processual contra acusações infundadas, especialmente, à chamada fase intermediária, que serve como elo de ligação entre a investigação preliminar e o processo ou não processo. Sem embargo, esse é apenas um momento procedimental em que se realiza um juízo de valor, mais especificamente, de pré-admissibilidade da acusação, com base na atividade desenvolvida anteriormente e no material colhido. É inegável que o êxito na fase intermediária depende inteiramente da atividade preliminar, de modo que transferimos a ela o verdadeiro papel de evitar as acusações infundadas (LOPES JR, 2011, p. 223).

Hoje, este juízo de pré-admissibilidade é feito pelo mesmo juiz que vai proferir a sentença, que não exerce a função instrutória por excelência, até porque este modelo não tem aplicabilidade no direito pátrio. O juízo de admissibilidade e o deferimento da produção antecipada de prova não tem um órgão julgador próprio.

Entretanto, vale reforçar que, no fim, é o próprio órgão julgador que vai servir de garante ao indigitado, porque é ele que vai julgar admissível a denúncia, ou conceder medidas assecutórias de direitos ainda em fase de inquérito. Se a prática de tais atos causa influência na decisão é um risco que o legislador assumiu ao desenhar o sistema da forma como se apresenta.

O membro do Ministério Público, por certo, não tem um interesse pessoal na ação, como a vítima ou o acusado, mas tem pretensão muito bem definida, porque se ao final do processo a sentença for absolutória, fica evidente o defeito da obra, ou pela materialidade, ou pela formalidade.

O inquérito policial não é obrigatório e poderá ser dispensado sempre que a notícia-crime dirigida ao MP disponha de suficientes elementos para a imediata propositura da ação penal. Da mesma forma, se com a representação (art. 39, § 5º, do CPP) forem aportados dados suficientes para acusar, o MP deverá propor a denúncia no prazo de 15 dias. Isso porque o IP está destinado apenas a formas a convicção do MP, que poderá acusar desde que disponha de suficientes elementos para demonstrar a probabilidade do delito e da autoria (LOPES JR, 2011, p. 258).

Ao órgão acusador é facultado a utilização do inquérito como fundamento da denúncia, se dispuser de elementos suficientes em peça informativa, ou por outra

fonte idônea, mas a responsabilidade é grande, pois se incorrer em erro, vai se fazer valer do *jus persecuendi* que o Estado lhe confere de forma temerária e não é por conta e risco próprio, porque como já foi dito, não age com interesse pessoal, mas público. Na metáfora de Carnelutti (2012b, p. 23):

A partir de agora deveis compreender que a chamada absolvição do imputado é a quebra do processo penal: um processo penal que se resolve em uma sentença como esta é um processo que não deveria ter sido feito, e o processo penal é como um fuzil que muitas vezes emperra quando não solta o tiro pela culatra.

O ritual do processo coisifica as pessoas, existem partes, defesa e acusação, existem órgãos, julgador e acusador, existe o acusado. As pessoas deixam de figurar como humanas e passam a ser engrenagens de um sistema que se auto alimenta e se move continuamente em que a palavra de ordem é a imparcialidade.

Os membros do Estado – juízes, promotores e auxiliares da Justiça – movem-se em um cenário que lhes é familiar, com a indiferença de quem só cumpre mais uma tarefa rotineira. Utilizam uma indumentária, vocabulário e todo um ritualismo que contribui de forma definitiva para que o indivíduo adquira a plena consciência de sua inferioridade. Dessa forma, o mais forte é convertido no mais impotente dos homens frente a supremacia punitiva estatal. (LOPES JR, 2011, p. 226).

Andam pelos corredores com indiferença disfarçada de imparcialidade, entretanto, se a imparcialidade fosse verdade e não ficção sociológica, então um membro do Ministério Público que assumisse um processo no lugar de outro por qualquer razão permissível legalmente, jamais estaria apto a pedir pela absolvição por não concordar com o posicionamento do colega que deu início à ação, dado que quem é imparcial, não tende ao sim ou ao não, mas ao fato objetivo. Portanto a imparcialidade é resquício positivista por negar a característica do ser humano de valorar tudo que o cerca com base em suas próprias experiências.

3.2 O poder implícito de investigar

O Ministério Público é titular da Ação Penal, boa parte da doutrina discute, neste âmbito, que quem pode mais pode menos, que seria infrutífero ao titular da Ação Penal não dispor de poderes investigatórios, uma vez que precisa formar sua *opinio delicti* de forma a estar pronto ao oferecimento da Denúncia.

Esse objetivo de investigar e apontar o autor do delito sempre teve por base a segurança da ação da justiça e do próprio acusado, pois, fazendo-se uma instrução prévia, através do inquérito, reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares que seja suficientes para apontar, com relativa firmeza, a ocorrência de um delito e seu autor. O simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré-constituído de legalidade. Esse mecanismo auxilia a Justiça Criminal a preservar inocentes de acusações injustas e temerárias, garantindo um juízo inaugural de delibação, inclusive para verificar se se trata de fato definido como crime (NUCCI, 2012, p. 76).

Neste sentido, entendeu o legislador que o inquérito policial, que é peça administrativa, é prescindível ao oferecimento da Denúncia, bastaria peça informativa ou indícios suficientes de materialidade e autoria para que o Ministério Público se permita agir de ofício.

O sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa. Note-se que, quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal, é supervisionada pelo Ministério Público e pelo Juiz de Direito. Este, ao conduzir a instrução criminal, tem a supervisão das partes – Ministério Público e advogados. Logo, a permitir-se que o Ministério Público, por mais bem intencionado que esteja, produza de per si investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisa ser, significaria quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração penal. Não é pelo fato de ser o inquérito naturalmente sigiloso que o acesso do advogado, por exemplo, é vedado. Ao contrário trata-se de prerrogativa sua consultar quaisquer autos de inquérito, especialmente quando já há indiciado cliente seu. O mesmo não ocorreria em investigação sigilosa em transcurso na sede do Ministério Público federal ou estadual, pois nem mesmo ciência de que ela está ocorrendo haveria. (NUCCI, 2012, p.85)

A prova, por excelência, se produz no processo e cabe, também, ao Ministério Público zelar por sua idoneidade. O agir de ofício não significa, necessariamente, ir além daquilo que a lei, mais especificamente a Constituição, lhe atribui. Significa que o Ministério Público pode perfeitamente oferecer a Denúncia com base em peça informativa proveniente de *delatio criminis*, já que a prova propriamente dita se dará

no curso do processo. Entretanto, proceder a investigação por conta própria extrapola as atribuições legais e fere a essência da função do órgão acusador, já que age em contradição com o princípio da publicidade inerente ao processo, porque neste caso, a investigação pode se estender posteriormente à denúncia, na formação da prova, em momento albergado plenamente pelos princípios do contraditório e da ampla defesa.

O inquérito, se imprescindível fosse ao oferecimento da denúncia, por dedução lógica, vincularia o membro do Ministério Público à vontade do delegado de polícia, pois o inquérito é peça administrativa resultante de investigação criminal em que há o apontamento de materialidade, circunstâncias e autoria, inclusive com indiciamento do suspeito, em profundidade e abrangência maior que mera informação.

A Constituição prevê, então, a possibilidade de o Ministério Público requisitar, que é a exigência para a realização de algo respaldado por fundamentação legal, diligências à polícia judiciária, seja ela civil ou federal, conforme a competência. Para tanto, prevê, também, a Constituição, que cabe ao Ministério Público o controle externo da atividade policial. No entendimento de Lopes Jr (2011, p. 251):

Daí porque o Ministério Público está legalmente autorizado a requerer a abertura como também acompanhar a atividade policial no curso do inquérito. Contudo, por falta de uma norma que satisfatoriamente defina o chamado controle externo da atividade policial – subordinação ou dependência funcional da polícia em relação ao MP –, não podemos afirmar que o Ministério Público pode assumir o mando do inquérito policial, mas sim participar ativamente, requerendo diligências e acompanhando a atividade policial.

O fato de o Ministério Público ser o titular da Ação Penal em nada se assemelha com a possibilidade de efetuar por conta própria a investigação criminal, pois são atribuições distintas. Neste caso não significa quem pode o mais pode o menos, porque inquérito é peça administrativa, que de acordo com a lei é prescindível ao processo e não há norma ou princípio que assegure que quem pode o mais também pode o diferente.

Entretanto o entendimento dos defensores de tal atuação por parte do Ministério Público é o de que em consequência do ônus da prova pertencer ao órgão acusador, estaria, então, respaldado a dispor de qualquer meio para realizar o feito.

Contudo, pelos princípios da legalidade, não é possível se beneficiar de qualquer meio além daqueles que a lei prevê, ou que se possa deduzir da lógica do ordenamento jurídico, sem incorrer em abuso de poder. No argumento de Rangel (2012, p. 204):

Sendo o Ministério Público o titular privativo da ação penal pública é seu, exclusivamente, o ônus da prova segura e idônea colhida em total respeito aos direitos e garantias individuais dispensando, se for o caso, a instauração de inquérito policial. Nessa hipótese, deverá ter em mãos os elementos necessários que o habilitem a promover a competente ação penal, podendo tratar-se de representação do ofendido, de notícia-crime (qualquer do povo) ou de requerimento de instauração de inquérito policial.

Temerário, para dizer o mínimo, manter as garantias do acusado, quando o *parquet*, que tem a obrigação de arcar com o ônus da prova, precisa buscar a verdade real no curso do processo através da produção idônea de prova procedendo de per si a investigação que tem por característica o sigilo. Executar um papel inquisitório uma vez que está inserido em um sistema acusatório é, no mínimo, uma incoerência.

O sistema brasileiro é tido como misto. Divergência doutrinária à parte, de forma simplista é dizer que a fase de investigação é inquisitória e a fase processual acusatória, onde se garantem a ampla defesa em ambas, mas nesta última o contraditório. É incompatível com o sistema acusatório aquele que vai oferecer a Denúncia também proceder a investigação dada a natureza distinta da atividade processual porque não há quem faça o controle externo da investigação procedida pelo *parquet*. Atenta para a necessidade de limites Busato (2013, p. 142):

O Direito penal atua como o instrumento mais contundente de que dispõe o Estado para levar a cabo o controle social. É necessário reconhecer que a sua intervenção constitui, por si só, uma violência. Com efeito, o ato de impor uma pena sempre consistirá em uma forma de agredir, independentemente dos objetivos que sejam projetados com esta agressão (prevenção, retribuição etc); ao final, a intervenção penal é sempre um mal. Contudo, trata-se de uma violência institucionalizada, organizada, formalizada e socialmente aceita. Isso deriva do fato de que o Direito penal é um mecanismo de controle social. A referida gravidade cobra que miremos as manifestações do Direito penal com redobrados cuidados e reservas. Os limites resultam necessários.

O acusado tem acesso ao que o Ministério Público utilizou da investigação para o oferecimento da denúncia a fim de descarga probatória, mas não há garantia de ter acesso àquilo que foi descartado pelo Ministério Público, já que este é parte, mesmo que imparcial, e tem interesse na condenação. Na lição de Lopes Jr (2011, p. 215),

“O erro está exatamente neste reducionismo, de discutir apenas o sujeito ativo da investigação, esquecendo-se de que muito mais importante do que mudar o ‘sujeito’ é analisar o objeto e a forma dos atos”.

Embora o citado autor pareça estar propenso a trabalhar a questão da natureza do inquérito com mais profundidade do que com o sujeito a quem pertence tal titularidade, no conteúdo de sua obra se encontram analisados três possibilidades de modelos que elegem determinados sujeitos aptos à investigar: o juiz em um sistema inquisitório, modelo já superado na Europa e que teve a sua razão de existir; a polícia no modelo atual; e o Ministério Público.

O problema é que as vantagens e desvantagens dos modelos apresentados estão atrelados ao fator humano e não no fator procedimental do inquérito. Quer dizer que se o fator humano é o diferencial para se implementar a este ou àquele modelo, então a imparcialidade do Ministério Público também deve ser mais amiúde discutida, já que as pessoas que o compõem não são dotadas de características psicológicas e comportamentais diferenciadas do restante da espécie.

A investigação preliminar está nas mãos do Estado, que poderá realizá-la através da polícia judiciária, de um Juiz Instrutor ou do Ministério Público (promotor investigador). Qualquer dos três órgãos encarregados apresenta vantagens e inconvenientes, que devem ser sopesados segundo as variáveis próprias de cada Estado, isto é, segundo os aspectos estruturais e de política interna de um país. A construção de um modelo ideal necessariamente deve partir do reconhecimento das vantagens e inconvenientes de cada um dos sistemas (LOPES JR, 2011, p. 228).

Basicamente, a falibilidade do sistema atual está ligada, entre outros fatores de ordem similar, à corrupção, ao abuso de poder, à influência política do Poder Executivo, a própria ilegalidade dos atos e à conduta geral dos agentes da polícia. Apontam estes argumentos Mazzilli, Rangel e Lopes Jr, entretanto, cabe ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, então este é o momento em que fica extremamente difícil explicar de quem é a falha.

Como não poderia deixar de faltar um argumento forte e convincente para explicar a incontestável falha do Ministério Público em zelar pela idoneidade da investigação, o que os mesmos autores apresentam é que a normatização da função de controle externo da atividade policial, que depende de lei complementar, como

abordado no capítulo 2.1 deste estudo, ainda não existe. Este seria motivo suficiente para o *parquet* permanecer inerte.

Concluindo, entendemos que a legislação existente sobre o chamado controle externo da atividade policial é insatisfatória e minimalista, limitando-se a definir meros instrumentos de controle da legalidade. Permanece a lacuna e não se pode afirmar que, com a atual legislação, o MP possa assumir o controle do inquérito policial.

Quanto aos poderes para levar a cabo sua própria investigação, a questão ainda é objeto de muita divergência, mas um ponto é pacífico: falta uma definição, em lei, de como será feita essa investigação. Esse é o maior problema (LOPES JR, 2011, p. 253)

Ora, mas dessa forma desaba em harmonioso conjunto o argumento do poder implícito. Segue a inferência lógica: se o Ministério Público não pode exercer a função prevista expressamente pela Lei Maior, por falta de detalhamento da atuação; menos ainda poderia fazer aquilo que a Constituição Federal sequer menciona. Lembrando que “Segundo contornos da Lei Fundamental, a independência funcional não está a permitir práticas, pelo membro do Parquet, ao arrepio da lei e de sua missão constitucional” (Vasconcelos, 2013, p. 78).

O sistema possui freios e contrapesos da mesma forma harmônica em que trabalha com os Poderes do Estado, pois é o princípio constitucional da simetria que influencia a elaboração de qualquer sistema interno ao ordenamento jurídico na semelhança do sistema maior.

O poder implícito ao qual tão fervorosamente se clama tão pouco é princípio válido na sistemática jurídica pátria a fim de permitir tamanha concessão de poder. Entretanto, no entendimento de Moraes (2006, p. 619), o suposto princípio:

Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* –, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Myers v. Estados Unidos – US 272 – 52, 118) consagrando-se, dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício de sua missão constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal.

Primeiro ponto, a Constituição Federal prevê os meios: requisitar diligências e abertura de inquérito. Segundo ponto, o poder implícito concede a execução daquilo

que já foi atribuído, mas faltam os meios de execução: o controle externo da atividade policial, por exemplo.

O ordenamento jurídico é um sistema que por todos os seus mecanismos está sujeito à lógica. Observe-se: quem investiga não acusa nem julga, quem acusa não julga nem investiga, quem julga não acusa nem investiga. São funções mutuamente excludentes e uma das razões, senão a principal, está na natureza distinta de cada uma delas.

Determinou o constituinte que fosse feito o controle externo, ou seja, fiscalizatório, sem implicar em cerceamento da atividade policial, nem tampouco em pedidos de autorização para agir, realizados, anteriormente, pelo presidente do inquérito ao Ministério Público. Assim, na prática, representa a possibilidade de o promotor requisitar diligências, acompanhar pessoalmente provas colhidas pela autoridade policial, ingressar em delegacias e cadeias a qualquer momento para proceder a verificações, bem como, através da corregedoria da polícia judiciária, exercida pelo magistrado, investigar desvios de função, cometidos ao longo da investigação, por policiais. (NUCCI, 2012, p. 118).

A título de exemplo, há dispositivos no Código de Processo Penal que permitem ao juiz produzir prova, mas não são aplicáveis, remontam outra época e a égide de outra(s) Lei(s) Maior(es), a atual leitura destes dispositivos à luz da Constituição Federal de 1988 parece absurda.

A fim de não mitigar as garantias do indivíduo que sofre a investigação criminal e em respeito as peculiaridades de cada fase em que se opera o *jus persequendi* do Estado, “Em definitivo, significa que a investigação preliminar está limitada à atividade mínima, de comprovação e averiguação da materialidade e da autoria, necessária para justificar o exercício ou não da ação penal, isto é, para decidir sobre o processo ou não processo” (LOPES JR, 2011, p. 243). A prova se constitui no curso do processo, das exceções o legislador já se encarregou ao elaborar as leis aplicáveis ao caso concreto, por exemplo, a produção antecipada da prova irrepetível.

Tem, no entanto, como é sabido, o Ministério Público o controle externo da polícia, também garantia constitucional, que não pode ser menosprezada, nem diminuída, uma vez que interessa, acima de tudo, à sociedade a existência de uma atividade policial controlada e exercida sob o crivo do mais absoluto respeito aos direitos e garantias individuais. (NUCCI, 2012, p. 113).

Os argumentos para que a polícia não investigue são interessantes, por vezes a polícia trabalha bem demais, porque perde tempo querendo provar, por vezes é

incompetente, já que apresenta um resultado do trabalho falho e imprestável ao processo e por vezes, ainda, porque simplesmente é “etiquetada” como corrupta.

O problema, de ordem prática, está na efetividade da sumariedade, que é sistematicamente negada pela polícia, que investiga até que ela entenda provado o fato, quando na verdade a convicção deve partir do titular da ação penal. Ademais o fatos não deve estar ‘provado’, senão demonstrado em grau de probabilidade (LOPES JR, 2011, p. 258)

Interessante notar que a teoria do “etiquetamento”, ou *labeling approach* é um enfoque criminológico que tem por base a obra de Emile Durkheim e se refere aos processos de construção da delinquência e a normalidade dela. Para Greco (2011, p. 50), “O processo de etiquetamento induz que, a partir do momento em que o sujeito delinque, a sociedade já passa a estigmatizá-lo como *delinquente*. Aquele que praticou o delito já começa a ser reconhecido por ele próprio como marginal”.

O que está acontecendo é que, para a doutrina, o sistema tem um novo “cliente”, só que às avessas, que é a polícia. Para estes autores, a polícia apresenta toda aquela gama de adjetivos pejorativos já anteriormente descritos, seus agentes têm consciência disso e se reconhecem como delinquentes, porque continuam a agir em descompasso com a lei. Por este “etiquetamento” que a doutrina tem feito da polícia é que se argumenta que este órgão, ou não é apto a investigar, por ser abusivo quando o faz, ou deveria ser subordinado ao Ministério Público. Vale lembrar:

Promoção privativa da ação penal pública: a alteração introduzida pela Lei 11.719/2008 neste artigo, [art. 257, CPP] subdividindo-o em dois incisos, aparentemente, teria sido supérflua. Porém, há elementos interessantes a abordar. Em primeiro lugar, deu-se uma redação consoante ao texto constitucional (CF: ‘Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei’). Por outro lado, especificou de qual lei se trata: o Código de Processo Penal. Não tem mais aplicação qualquer preceito que com este conflite venha de onde vier, pois a Lei 11.719/2009 é mais recente. Pensamos, inclusive, que tal novel preceito sedimenta mais um dado em prol da ilegitimidade investigatória criminal autônoma do Ministério Público. Afinal, toda a estrutura do Código de Processo Penal consagra a investigação policial, conduzida, pois, pela autoridade policial, para a colheita de provas pré-constituídas, a fim de instruir e formar a *opinio delicti*. Somente após, ingressa a denúncia do Ministério Público, exercendo a sua legitimidade privativa para a propositura da demanda. (NUCCI, 2012, p. 584).

A ginástica hermenêutica, porém, não tem descanso. Alega-se que o inquérito criminal é espécie do gênero investigação criminal, isso porque há outros tipos de investigação que não inquérito policial. De fato há, o exemplo mais corriqueiramente utilizado é o da Comissão Parlamentar de Inquérito, expressa no art. 58, § 3º, CF, que

é, inclusive, forma atípica de manifestação do Poder Legislativo. Manifesta-se Grau (2010, p. 128):

Desejo deixar vincado este ponto: não estou a adotar aqui o argumento dos poderes implícitos. A questão é outra. O inquérito policial é uma das modalidades de investigação criminal, é um procedimento de instrução criminal, preliminar, no entanto dispensável – insisto neste ponto –, visto que o Ministério Público pode apresentar denúncia penal independente dele.

Aqui cabe insistir também: ao considerar a investigação criminal gênero do qual o inquérito policial é espécie, as demais espécies elencadas têm lastro em previsão legal expressa. Não se atribui poder e competência por inferência principiológica. O voto traz alguns pontos aqui já analisados, a saber: a impossibilidade de se confiar na polícia e a infiltração do crime organizado na instituição. Entretanto, quanto ao Ministério Público:

Mas abusos de alguns desgarrados das funções atribuídas à instituição não podem servir de pretexto à amputação de parcela dessas mesmas funções. A instituição que coíba, punindo exemplarmente os excessos, em homenagem ao interesse público e em benefício de si própria. (GRAU, 2010, p. 129).

Contudo, não é possível amputar o que não existe. O legislador conferiu o meio ao cumprimento da função, que é a requisição de diligência e abertura de inquérito, se quisesse o Ministério Público a cargo da investigação teria feito como na ação civil pública, onde conferiu competência expressamente.

Outra coisa é novamente o etiquetamento da polícia e a leniência quanto ao *parquet*, se a instituição é tão competente a ponto de poder investigar por conta sem ferir qualquer direito ou garantia do investigado, então é mais do que capaz de exercer aquilo que o legislador lhe conferiu: o controle externo da atividade policial.

Mais um ponto, agora com relação a sugestão de modelo apresentado por Lopes Jr (2011) em que o autor entende que a polícia deve ser subordinada ao Ministério Público e que deve haver um juiz garantista em fase instrutória diferente do juiz que irá julgar o processo.

A consequência mais provável é que, de fato, a polícia se torne a *longa manus* do Ministério Público. Se o órgão investigador já se desobriga de atender ao requerimento do suspeito ou indiciado por ser independente, se for subordinada ao

parquet, a concessão do direito não mais ficará a cargo do órgão julgador, que hoje requisita à polícia se entender o pedido legítimo, mas totalmente a cargo órgão acusador, que pela independência conferida por prerrogativa de função, não se submete à requisição se não formar convicção a respeito.

Curiosamente, o autor supramencionado, ao propor a questão em sua obra, o faz sob o título “mudem os inquisidores, mas a fogueira continuará acesa” (LOPES JR, 2011, p. 328). Pior que o “mofado”, nas palavras deste autor, modelo do juiz inquisidor, o Ministério Público inquisidor terá a sua inteira disposição o aparato policial com todas as suas funções, vai deixar de ser apenas fiscal da lei, para ser, também, fiscal da sociedade.

A curiosidade continua, ao supor que isso deva acontecer por meio legal, seria forçoso crer que o *parquet* esteja apto a exercer tamanho poder, este quarto poder ao quadrado, se o mais simples a instituição já não dá conta de fazer, que é: o controle externo da atividade policial. Fica a cargo da imaginação como seria o controle interno.

Por fim, cabe dizer que o texto constitucional traz em seu bojo inúmeros princípios, que são corolários dos valores prezados pela sociedade, e direitos fundamentais gravados em cláusulas pétreas, mesmo assim, em dado contexto há dentro deles a exceção, ou há entre eles o sopesamento. Exemplo: inviolabilidade de domicílio, explícito art. 5º, XI, CF/88, exceto em caso de flagrante delito, desastre, socorro ou, durante o dia por ordem judicial; duplo grau de jurisdição, princípio implícito, a exceção é o foro privilegiado, o princípio foi sopesado pelo privilégio concedido.

O desiderato do estudo é demonstrar que a investigação criminal não precisa ser exclusiva da polícia, bem como a lei prevê exceções, mas não deve ficar a cargo da acusação, porque desta forma afrontará aos direitos fundamentais e garantias do acusado por não permitir dialética em momento algum, tanto na fase pré-processual, como no curso do processo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o Estado Democrático de Direito revela por sua configuração, de forma tão ou mais expressiva que outros sistemas, os valores da sociedade, isto porque o poder do qual se abastece emana do povo e a este retorna na forma do atendimento de seus interesses sociais.

A separação de poderes é o mecanismo pelo qual o Estado limita a sua atuação para não oprimir a sociedade, ou o indivíduo. É um princípio que se faz presente por todo sistema a fim de coibir os excessos e as omissões dos órgãos estatais, porque composto de uma sistemática de freios e contrapesos que permite uma atuação harmônica no atendimento do interesse público.

O ordenamento é informado por um sistema de princípios jurídicos que são aplicáveis na falta ou na contradição da lei, são elementos que permitem a tal harmonia do sistema de freios e contrapesos.

O legislador ao cuidar do subsistema penal e processual penal, teve preocupação em definir de maneira clara as atribuições de cada órgão a fim de que um não se sobressaia ao outro.

Uma das inferências a que se chegou com esta análise foi a de que: quem investiga não acusa nem julga, quem acusa não julga nem investiga, quem julga não acusa nem investiga. São funções mutuamente excludentes e uma das razões, senão a principal, está na natureza distinta de cada uma delas.

O órgão julgador deve ser equidistante das partes, imparcial por excelência. O órgão acusador tem o ônus da prova e, embora imparcial, tem interesse processual. O órgão investigador não tem qualquer interesse na relação jurídica, imparcial neste sentido, sua missão é aclarar o fato em benefício de qualquer das partes.

A investigação tem caráter eminentemente inquisitório, as garantias constitucionais existem, mas são mitigadas em prol do interesse público em esclarecer

a conduta delituosa ao apontar três elementos: autoria, materialidade, e circunstâncias.

Quando se tem a provável autoria, o suspeito então passa à qualidade de indiciado, e o agravamento da sua condição é proporcional as garantias a ele proporcionadas. Entretanto nesta fase pré-processual, o sigilo é uma das características mais marcantes, porque tem relação direta com a inviabilidade plena da ampla defesa e do contraditório. Não significa que as garantias são negadas ao suspeito ou indiciado, apenas não se aplicam em sua plenitude.

O sigilo por exemplo é parcial, a partir do momento que as descobertas são lavradas em auto de inquérito, o advogado da parte tem acesso aos documentos, inclusive pode fazer apontamentos, e assim preparar a futura defesa em caso de ir adiante a questão.

Bem como no interrogatório, a autoridade policial é obrigada a declarar sob que circunstância o indivíduo está ali, se como testemunha, se como suspeito, ou como indiciado, isto porque se for esta última, então o procedimento tem que se dar conforme a regra do interrogatório em sede de processo, com as garantias de ampla defesa, contraditório, não produzir prova contra si mesmo, materialmente com a presença do advogado.

O legislador tomou o cuidado de dar a função de controle externo da atividade policial ao Ministério Público e não foi por acaso, como o *parquet* é parte no processo de tal forma que tem interesse, não pessoal e neste ponto a sua imparcialidade, mas no resultado e na expectativa de condenação. Então esta atividade concede a capacidade de zelar pela idoneidade da produção da prova e, por via reflexa, o atendimento de sua função de fiscal da lei.

Mas a doutrina discute que o Ministério Público tem o poder implícito de investigar, porque se é o legitimado exclusivo da ação penal pública deve dispor de todos os meios para executar a tarefa.

Justamente neste ponto reside o problema, dispor de todos os meios à guisa das garantias e direitos fundamentais do investigado é abuso de poder, porque

ninguém está habilitado a efetuar o controle externo das atividades do Ministério Público.

Alega-se que este tem a possibilidade de instaurar o inquérito civil, mas há dois pontos relevantes: primeiro, o *parquet* não é o único legitimado a postular, segundo, a consequência de uma sentença condenatória não recai sobre a direito fundamental à liberdade do indivíduo.

Outro ponto de controvérsia é a prescindibilidade do inquérito policial ao oferecimento da denúncia. Primeiro ponto, se o inquérito fosse imprescindível, então vincularia o órgão acusador à vontade do delegado de polícia e lá se vai a prerrogativa de formação de convicção. Segundo ponto, há outros meios de formação da *opinio delicti* como a prova emprestada de outro processo, a representação, o resultado de sindicância, a peça informativa e assim por diante.

Se analisar a questão há que se perceber a distinção entre a primeira fonte e as demais: o inquérito é um procedimento ativo e invasivo, as peças de informação aparecem de forma reativa. O órgão acusador não vai da casa da vítima pedir para ela representar porque quer fazer justiça.

Por fim, não se alega aqui a exclusividade da investigação por parte da polícia, mas que é salutar que a investigação criminal seja conduzida por ente diferente do órgão acusador, pelo menos enquanto o procedimento tiver traços inquisitórios tão característicos, porque enquanto assim for, é incompatível com a função de acusar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alaôr Caffé. **Dialética e Direito: linguagem, sentido e realidade: fundamentos a uma teoria crítica da interpretação do direito**. Barueri, SP: Manole, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. trad. Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988

BRASIL. **Lei nº 8.625: Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências**. Brasília: Congresso Nacional, 12 de fevereiro de 1993.

BULOS, Ualdi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUSATO, Paulo Cesar. **Fundamentos para um Direito Penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do Processo Penal**. Campinas, SP: Servanda, 2012a.

_____. **Como se faz um processo**. Leme, SP: Edijur, 2012b.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito Processual Constitucional**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FAVORETTO, Affonso Celso. **Princípios constitucionais penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais.** trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cadermatori, Hermes Zaneti Jr e Sérgio Cadermatori. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2011.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Sobre a prestação jurisdicional: Direito Penal.** São Paulo: Malheiros, 2010.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** 6. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2011.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito.** 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito: versão condensada pelo próprio autor.** Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 5. ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional.** 7. ed. Vol I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe.** Coleção obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Regime jurídico do Ministério Público.** 7. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro.** 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: estudo sobre a valoração das provas penais.** São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 4. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Direitos Fundamentais: contribuição para uma teoria geral**. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Afonso José da. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro: atualizado com a lei da prisão (lei 12.403/2011)**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VASCONCELOS, Clever. **Ministério Público na Constituição Federal: doutrina e jurisprudência: comentários aos artigos 127 a 130-A da Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.